

TAMPEREEN YLIOPISTO

Johtamiskorkeakoulu

Nelli Mattila

ETUYHTEYSLIIKETOIMIEN UUELLEENLUONNEHDINTA, TUNNISTAMINEN JA SIVUUTTAMINEN

Pro gradu -tutkielma

Vero-oikeus

Tampere 2017

TIIVISTELMÄ

Tampereen yliopisto

Johtamiskorkeakoulu

MATTILA, NELLI: Etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen

Pro gradu -tutkielma, XI + 70 s.

Vero-oikeus

Maaliskuu 2017

Pro gradu -tutkielman aiheena on etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen. Kyseiset ilmiöt liittyvät siirtohinnoitteluoikaisun tekemiseen verotuksen yhteydessä. Tutkimuksen tarkoituksena on avata kyseisten käsitteiden sisältöä, esitellä asiaa koskeva oikeudellinen toimintaympäristö Suomessa, sekä esitellä muun muassa OECD:n sääntely asiaan liittyen. Kyseiset termit ovat peräisin OECD:n siirtohinnoitteluohjeista. Vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa kuvattiin kaksi poikkeuksellista tilannetta, joissa saattoi olla tarkoituksenmukaista uudelleenluonnehtia etuyhteisyriyksen välinen liiketoimi. Vuonna 2015 OECD:n siirtohinnoitteluohjeet päivitettiin niin sanottujen BEPS-loppuraporttien yhteydessä. Uusissa siirtohinnoitteluohjeissa ei enää käytetä uudelleenluonnehdinnan käsitettä. Sen sijaan niissä otettiin käyttöön kaksi uutta termiä: liiketoimien tunnistaminen ja sivuuttaminen.

Tutkimuksen metodologinen lähestymistapa on lainopollinen eli oikeusdogmaattinen. Tutkimuksessa pyritään tulkitsemaan ja analysoimaan uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista koskevaa sääntelyä ja oikeuskäytäntöä.

Tutkimuksessa havaitaan, että käsitteiden uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen välinen rajanveto ei ole lainkaan selkeä. Etuyhteysliiketoimen sivuuttamisen voidaan katsoa olevan uudelleenluonnehdintaa vastaava toimi, jossa yrityksen toteuttama etuyhteysliiketoimi sivuutetaan, ja verotus toimitetaan toimintojen ja rakenteiden uudelleenarvioinnin pohjalta. Ratkaisun KHO 2014:119 perusteella voidaan katsoa, että Suomessa etuyhteysliiketoimia ei voida verotuksessa sivuuttaa VML 31 §:n perusteella, vaan sivuuttamisen tulee perustua VML 28 §:n soveltamiseen. Tällöin kyseisen säännöksen soveltamisedellytysten tulee täyttyä. Liiketoimen tunnistamisen käsite aiheuttaa sen sijaan enemmän tulkintaongelmia. Ei ole täysin selvää, mitä liiketoimen tunnistamisella tarkoitetaan. Suomessa esimerkiksi Verohallinnon ja verovelvollisia yrityksiä edustavien verokonsulttien näkemykset asiasta vaihtelevat jossain määrin. Näkemykset saattavat

myös erota OECD:n näkemyksistä. Tietyissä tilanteissa liiketoimen tunnistamisessa saatetaan mennä uudelleenluonnehdinnan alueelle, mikäli veroviranomainen katsoo, että tunnistamisen perusteella etuyhteysliiketoimelle annetusta yksityisoikeudellisesta muodosta on tarvetta poiketa. Välttämättä ratkaisevaa ei kuitenkaan ole se, nimetäänkö jokin toimi uudelleenluonnehduksi, tunnistamiseksi vai sivuuttamiseksi. Ratkaisevaa on se, mitä tosiasiallisesti tapahtuu ja minkä kansallisen säännöksen nojalla toimi tehdään. Suomessa siirtohinnoitteluoikaisua koskevan VML 31 §:n perusteella voidaan lähtökohtaisesti oikaista vain etuyhteysyritysten välistä hinnoittelua. Mikäli etuyhteysyritysten välinen liiketoimi katsotaan verotuksessa täysin toisenlaiseksi, kuin mistä osapuolet ovat sopineet ja kuinka he ovat liiketoimea verotuksessaan käsitelleet, tulee tämän perustua VML 28 §:n soveltamiseen.

SISÄLLYSLUETTELO

SISÄLLYSLUETTELO	I
LÄHTEET	III
LYHENTEET	XI
1 JOHDANTO	1
1.1 Aiheen tausta	1
1.2 Tutkimuskohde ja aiheen raja	5
1.3 Tutkimuksen metodi ja lähdeaineisto	8
1.4 Tutkimuksen rakenne	10
2 SIIRTOHINNOITTELU	12
2.1 Markkinaehtoisuus	12
2.1.1 Markkinaehtoperiaate yleisesti ja markkinaehtoisuus Suomen kansallisessa lainsäädännössä	12
2.1.2 Markkinaehtoisuus Ruotsissa	13
2.1.3 Markkinaehtoisuus Iso-Britanniassa	14
2.2 Siirtohinnoitteluanalyysi prosessina	15
2.2.1 Toimintoanalyysi	15
2.2.2 Vertailuanalyysi ja siirtohinnoittelumenetelmän valinta	17
2.2.3 Lopuksi	20
3 LIIKETOIMIEN UUELLEENLUONNEHDINTAA, TUNNISTAMISTA JA SIVUUTTAMISTA KOSKEVA OIKEUDELLINEN TOIMINTAYMPÄRISTÖ SUOMESSA	21
3.1 Oikeudellisen muodon kunnioittaminen	21
3.2 Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa	22
3.3 Verotusmenettelylain säännökset	24
3.3.1 Siirtohinnoitteluoikaisun tekeminen verotuksen yhteydessä	24
3.3.2 Veron kiertäminen	27
3.4 Oikeuskäytäntöä: tapaus KHO 2014:119	29
3.4.1 Tapauksen tosiseikat	29
3.4.2 Asian käsittely Verohallinnossa	30

3.4.3 Hallinto-oikeuden ratkaisu.....	30
3.4.4 Käsittely korkeimmassa hallinto-oikeudessa.....	31
3.4.5 Tapauksen kommentointia.....	32
4 OECD:N SÄÄNTELY	35
4.1 Malliverosopimus ja siirtohinnoitteluohjeet	35
4.1.1 Malliverosopimuksen ja siirtohinnoitteluohjeiden merkitys oikeuslähteenä siirtohinnoitteluasioissa.....	35
4.1.2 OECD:n sääntelyn muutokset ja niiden taannehtiva soveltaminen	37
4.1.3 Malliverosopimuksen ja vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kannanotot uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen	40
4.2 BEPS-hanke ja sen myötä uudistuneiden siirtohinnoitteluohjeiden kannanotot uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen	44
4.2.1 Hanke ja sen tavoitteet.....	44
4.2.2 Liiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen toimenpiteiden 8–10 luonnoksessa	45
4.2.3 Liiketoimien tunnistaminen ja sivuuttaminen vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa	46
4.2.4 Mikä on uutta vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa?	50
5 MILLAISIA MUUTOKSIA ASIAA KOSKEVAAN SÄÄNTELYYN TAI VEROTUSKÄYTÄNTÖÖN ON ODOTETTAVISSA?.....	53
5.1 VML 31 §:n muutosehdotus	53
5.2 Uusien siirtohinnoitteluohjeiden mahdolliset vaikutukset verotuskäytäntöön	58
5.2.1 Yleistä	58
5.2.2 Verokonsulttien näkemyksiä.....	59
5.2.3 Verohallinnon näkemyksiä	61
6 JOHTOPÄÄTÖKSET	64

LÄHTEET

Aarnio 1982

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Juridica. Helsingin yliopiston monistuspalvelu, painojaos. Helsinki 1982.

Aarnio 1989

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria – Yleisen oikeustieteen oppikirja. Werner Söderström Osakeyhtiö 1989.

Bullen 2011

Bullen, Andreas: Arm's Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing. IBFD 2011.

Elinkeinoelämän keskusliitto 2015

Elinkeinoelämän keskusliitto: Elinkeinoelämän keskusliitto EK:n lausunto selvityksestä verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta. 18.2.2015. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/20801/344879726924861.PDF> (viitattu 24.1.2017).

Haapaniemi 2013

Haapaniemi, Ossi: Oikeusvarmuus ja ennustettavuus sekä lailla säätämisen vaatimus – esimerkkeinä oman ja vieraan pääoman määrittely siirtohinnoittelusäännösten perusteella. Edilex lakikirjasto 2013.

Hankó Faragó 2016

Hankó Faragó, Anna: Reaction to the Final OECD Package. International Transfer Pricing Journal May/June 2016, s. 265–271.

HE 262/1990

Hallituksen esitys eduskunnalle Suomen Hallitusmuodon ja valtiopäiväjärjestyksen valtiontaloutta koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 1/1998

Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 107/2006

Hallituksen esitys eduskunnalle tuloverotuksen siirtohinnoittelua koske-
vaksi lainsäädännöksi.

Helminen 2014a

Helminen, Marjaana: Mahdollistaako VML 31 § etuyhteyslainan uudelleenluokittelun ilman VML 28 §:n tukea? Defensor Legis 1/2014, s. 85–96.

Helminen 2014b

Helminen, Marjaana: KHO 2013/1704 (93) ja OECD:n malliverosopimuksen kommentaarin merkitys verosopimusten tulkinnassa. Julkaistu teoksessa Nykänen, Pekka – Urpilainen, Matti (toim.): Yritys, omistaja ja verotus – Juhlajulkaisu Seppo Penttilälle. Edita Publishing Oy. Porvoo 2014, s. 15–27.

Helminen 2015

Helminen, Marjaana: Professori Marjaana Helminen lausunto selvityksestä verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta. Helsinki 20.1.2015. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/20801/885965995.PDF> (viitattu 16.11.2016).

Helminen 2016

Helminen, Marjaana: Kansainvälinen verotus. Talentum Fokus -verkko-palvelu. Jatkuvatäydenteinen, viimeisen päivitys 31.10.2016.

Hirvonen 2011

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki 2011.

Isomaa-Myllymäki 2014a

Isomaa-Myllymäki, Anita: Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus – oikeustapauskommentti ratkaisusta KHO 2014:119 (referee-artikkeli). Verotus 5/2014, s. 469–483.

Isomaa-Myllymäki 2014b

Isomaa-Myllymäki, Anita: Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus: Rahoitusrakenne ja uudelleenluokittelu (referee-artikkeli). Verotus 1/2014, s.72–85.

Isomaa-Myllymäki 2014c

Isomaa-Myllymäki, Anita: Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuutta koskevaa Ruotsin hallintotuomioistuimen oikeuskäytäntöä (referee-artikkeli). Verotus 2/2014, s. 186–198.

Isomaa-Myllymäki 2016a

Isomaa-Myllymäki, Anita: Etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa ja VML 31.1 §:n soveltamisessa. Verotus 5/2016, s. 475–487.

Isomaa-Myllymäki 2016b

Isomaa-Myllymäki, Anita: Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus. Markkinaehtoperiaatteen soveltamisen oikeudelliset rajoitukset etuyhteysluotonannossa. Alma Talent, Helsinki 2016.

Jaakola et al 2012

Jaakola, Riika – Laaksonen, Sanna – Nikula, Timo – Palmu, Mikko – Paronen, Vesa – Sandelin, Eric – Vasenius, Suvi: Siirtohinnoittelu käytännössä. Edita Publishing Oy, Porvoo 2012.

Juusela 2014

Juusela, Janne: Oikeustoimien uudelleenluokittelu verotuksessa. Julkaistu teoksessa Nykänen, Pekka – Urpilainen, Matti (toim.): Yritys, omistaja ja verotus – Juhlajulkaisu Seppo Penttilälle. Edita Publishing Oy. Porvoo 2014, s. 55–62.

Karjalainen – Raunio 2007

Karjalainen, Jukka – Raunio, Merja: Siirtohinnoittelu. Talentum Media Oy. Suomen Ekonomiliitto, 2007. Talentum verkkokirjahylly.

Keskuskauppakamari 2015

Keskuskauppakamari: Selvitys verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta. 18.2.2015. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asia-kirjat/20801/344881845833684.PDF> (viitattu 24.1.2017).

Knuutinen 2015a

Knuutinen, Reijo: Vieraan pääoman vero-oikeudellinen uudelleenluokittelu etuyhteystilanteissa. Defensor Legis 1/2015, s. 107–124.

Knuutinen 2015b

Knuutinen, Reijo: Liiketoiminnan kansainväliset uudelleenjärjestelyt, ai-
neeton omaisuus ja verotus: transaktion tunnistamista vai uudelleenluon-
nehdintaa? *Defensor Legis* 6/2015, s. 1054–1098.

Laakso 2012

Laakso, Seppo: Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampereen yliopisto-
paino, Tampere 2012.

Lang – Brugger 2008

Lang, Michael – Brugger, Florian: The role of the OECD Commentary in
tax treaty interpretation. *Australian Tax Forum* vol 23 (2008), s. 95–108.

Lehtonen 2014

Lehtonen, Asko: Siirtohinnoitteluoikaisun edellytykset ja OECD:n ohjeet.
Julkaistu teoksessa Nykänen, Pekka – Urpilainen, Matti (toim.): Yritys,
omistaja ja verotus – Juhlajulkaisu Seppo Penttilälle. Edita Publishing Oy.
Porvoo 2014, s. 183–193.

Määttä 2013

Määttä, Kalle: Mietteitä verolain tulkinnasta. Julkaistu teoksessa Mieho,
Altti (toim.): Vero ja finanssi – Juhlakirja Matti Myrsky 60 vuotta. Edilex
Lakikirjasto 2013, s. 177–191.

Määttä 2014

Määttä, Kalle: Verolakien tulkinta. Edita Publishing Oy. Porvoo 2014.

Neilimo – Uusi-Rauva 2005

Neilimo, Kari – Uusi-Rauva, Erkki: Johdon laskentatoimi. 6. Uudistettu
painos. Edita Publishing Oy, Helsinki 2005.

Nykänen 2015

Nykänen, Pekka: Siirtyivätkö kirvesmiestapaukset veromuseoon? - KHO
2014:200. Edilex 2015. Saatavissa: <http://www.edilex.fi/uutiset/42861>
(viitattu 16.11.2016).

OECD:n neuvosto 1997

OECD:n neuvoston suositus C(97)195/FINAL 23. Lokakuuta 1997.

OECD 2010

OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010.

OECD 2014a

OECD: Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version 2014.

OECD 2014b

OECD: Public Discussion Draft, BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines. Saatavissa: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-special-measures.pdf> (viitattu 17.1.2017).

OECD 2015a

OECD: BEPS – Frequently Asked Questions. Saatavissa <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm> (viitattu 13.1.2017).

OECD 2015b

OECD: Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with value Creation, Actions 8–10 Final Reports. Saatavissa: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_9789264241244-en#page1 (viitattu 17.1.2017).

Ojanen 2008

Ojanen, Tuomas: KHO 2007:77 – Pro fisco, contra legem constitutionalem. Lakimies 2/2008, s. 301–302.

Pankakoski 2016

Pankakoski, Katriina: Aineettomia koskevat OECD:n päivitettyt siirtohinnoittelusuositukset. Verotus 2/2016, s. 186–198.

Penttilä 2014

Penttilä, Seppo: Hybridilainaa ei voitu siirtohinnoittelua koskevan säännöksen (VML 31 §) perusteella uudelleenluonnehtia omaksi pääomaksi – KHO 2014:119. Edilex uutiset, oikeustapauskommentti. Saatavissa: <http://www.edilex.fi/uutiset/40955> (viitattu 12.1.2017).

Penttilä 2015a

Penttilä, Seppo: Siirtohinnoittelua koskevat oikeuskäytännön linjaukset. Verotus 2/2015, s. 120–140.

Penttilä 2015b

Penttilä, Seppo: Professori Seppo Penttilän lausunto selvityksestä verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta. Tampere 19.2.2015. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/20801/3450471099107802.PDF> (viitattu 15.11.2016).

PwC 2015

PriceWaterhouseCoopers Oy: PricewaterhouseCoopers Oy:n lausunto selvityksestä verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta. 13.2.2015. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/20801/3444101740566476.PDF> (viitattu 24.1.2017).

Raunio 2015

Raunio, Merja: Miten BEPS muuttaa siirtohinnoittelua? PwC-blogi > verotus. 6.11.2015. Saatavissa: <http://uutishuone.pwc.fi/miten-beps-muuttaa-siirtohinnoittelua/> (viitattu 24.1.2017).

Sandelin 2015

Sandelin, Eric: BEPS – häntä alkaa heiluttaa koiraa. KPMG-blogi: Suunta kasvuun ja kannattavuuteen. 28.10.2015. Saatavissa: <http://suuntakasvuun.kpmg.fi/tag/beps/> (viitattu 24.1.2017).

Suomen Veroasiantuntijat 2015

Suomen Veroasiantuntijat ry: Suomen Veroasiantuntijat ry:n lausunto selvityksestä verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta. Helsinki 18.2.2015. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/20801/344883716574349.PDF> (viitattu 24.1.2017).

Tikka 1972

Tikka, Kari S.: Veron minimoinnista. Tutkimus tulo- ja omaisuusverosta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lainsoveltamisongelmana erityisesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Vammala 1972.

Valtiovarainministeriö 1995

Valtiovarainministeriö: Kansainvälisen verotuksen uudistamistyöryhmän muistio. Helsinki 1995.

Valtiovarainministeriö 2015

Valtiovarainministeriö: Liite lausuntopyyntöön; ”Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta.” Luonnos 18.2.2015. Helsinki 7.1.2015. Hanke VM161:00/2014. Saatavissa: <http://www.hare.vn.fi/upload/asiakirjat/20801/3368521557175619.PDF> (viitattu 20.1.2017).

Verohallinto 2014a

Verohallinto: Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu linjasi siirtohinnoittelua koskevan säännöksen tulkintaa ja OECD:n ohjeiden tulkintaa ohjaavaa vaikutusta. Verohallinnon tiedote 3.7.2014. Saatavissa: [https://www.vero.fi/fi-FI/Tietoa_Verohallinnosta/Uutiset/Ajankoh- taista_Verohallinnosta/Korkeimman_hallinto-oikeuden_rat- kaisu_lin\(33150\)](https://www.vero.fi/fi-FI/Tietoa_Verohallinnosta/Uutiset/Ajankoh- taista_Verohallinnosta/Korkeimman_hallinto-oikeuden_rat- kaisu_lin(33150)) (viitattu 20.1.2017).

Verohallinto 2014b

Verohallinto: Kansainvälinen veropako mahdollista torjua valtioiden välisellä yhteistyöllä. Verohallinnon tiedote 24.9.2014. Saatavissa: [https://www.vero.fi/fi-FI/Tietoa_Verohallinnosta/Uutiset/Kansainvali- nen_veropako_mahdollista_torj\(34195\)](https://www.vero.fi/fi-FI/Tietoa_Verohallinnosta/Uutiset/Kansainvali- nen_veropako_mahdollista_torj(34195)) (viitattu 24.1.2017).

Verohallinto 2014c

Verohallinto: Markkinaehtoperiaatteen soveltamisesta. Sami Laaksonen. Siirtohinnoitteluhankkeen asiakasinfotilaisuus 24.10.2014. Saatavissa: https://www.vero.fi/download/Markkinaehtoperiaatteen_soveltami- nen/%7B4D011625-5E32-43B1-B186-27D5F3EB4D5A%7D/9984 (vii- tattu 26.1.2017).

Verohallinto 2015

Verohallinnon kannanotto Diaarinumero A177/200/2015. OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden päivitykset tulkintalähteinä. Saatavissa: https://www.vero.fi/fi-FI/Syventavat_veroohjeet/Elinkeinoverotus/Kansainvalinen_verotus/OECDn_siirtohinnoitteluohjeiden_paivityk (viitattu 20.1.2017).

Vincent – Luquet 2015

Vincent, Francois – Luquet, Pascal: Risk, recharacterization – and a Tsunami of Double Tax Cases. Tax Management Transfer Pricing Report vol 23 (2015), s. 1474–1478.

Wattel – Marres 2003

Wattel, Peter J – Marres, Otto: The legal status of the OECD Commentary and static or ambulatory interpretation of tax treaties. European Taxation vol 43 (2003), No 7, s. 222–235.

Wikström 1993

Wikström, Kauko: Verosta säätäminen – verolain tulkinta ja soveltaminen, s. 335–337. Julkaistu teoksessa: Juhlajulkaisu Antero Jyränki 9/8 1993. Turun yliopisto, s. 335–343.

Wittendorff 2009

Wittendorff, Jens: The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model. Bulletin for International Taxation March 2009, s. 107–130.

Äimä 2011

Äimä, Kristiina: Veroprosessioikeus. WSOYpro Oy 2011, s. 104.

LYHENTEET

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CUP	Comparable Uncontrolled Price Method
CPM	Cost Plus Method
EVL	Laki elinkeinotulon verottamisesta 24.6.1968/360
HE	Hallituksen esitys
HM	Hallitusmuoto
KHO	Korkein hallinto-oikeus
MAP	Mutual Agreement Procedure
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PSM	Profit Split Method
RÅ	Regeringsrättens Årsbok Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirja
RPM	Resale Price Method
TNMM	Transactional Net Margin Method
TVL	Tuloverolaki 30.12.1992/1535
VM	Valtiovarainministeriö
VML	Laki verotusmenettelystä 18.12.1995/1558

1 JOHDANTO

1.1 Aiheen tausta

Siirtohinnoittelu on noussut viime vuosina yhdeksi verotuksen keskeisimmistä osa-alueista niin Suomessa kuin muuallakin maailmassa. Kyseessä on maailmanlaajuinen yritysten kansainvälistymistä seurannut trendi. Siirtohinnoittelulla tarkoitetaan pelkistetyksi hinnoittelua samaan konserniin kuuluvien yhtiöiden välisissä liiketoimissa.¹ Siirtohintana on hinta, jonka konsernin yksikkö laskuttaa saman konsernin toiselle yksikölle tarjoamastaan suoritteesta². Suoritteen luovuttavalle yksikölle siirtohintana on tuloa ja vastaanottavalle yksikölle kustannus.³ Siirtohinnoittelulla on sekä taloustieteellinen, että vero-oikeudellinen aspekti. Keskityn tässä tutkimuksessa siirtohinnoittelun tarkastelemiseen nimenomaan verotuksen näkökulmasta. Vero-oikeudellinen näkökulma siirtohinnoitteluun on merkittävä erityisesti silloin, kun yritys harjoittaa liiketoimintaa kansainvälisesti eli sen yksiköt toimivat usean eri valtion alueella. Siirtohinnoittelulla on suuri vaikutus yrityksen tuloksen muodostumiseen kussakin toimintavaltiossa ja siten siirtohinnoittelu vaikuttaa koko monikansallisen konsernin kokonaisverorasitukseen. Vaikka siirtohinnoittelua koskevilla säännöksillä on merkitystä erityisesti kansainvälisessä liiketoiminnassa, noudatetaan niitä tyypillisesti myös puhtaasti kansallisissa tilanteissa.⁴

Kansainvälisesti on hyväksytty, että siirtohinnoittelun perustana on markkinaehtoperiaate. Kauppa- ja rahoitussuhteissa on käytettävä samoja hinnoittelu- ja muita ehtoja kuin jos liiketoimet tehtäisiin vastaavissa olosuhteissa riippumattomien yritysten välillä. Markkinaehtoperiaatteen noudattamisella pyritään siihen, että tulo kertyy ja vero maksetaan oikeassa valtiossa. Monikansalliseen konserniin kuuluvat yritykset eivät välttämättä tavoittele keskinäisissä liiketoimissaan omaa etuaan, vaan toimivat konsernin kokonaise-

¹ Siirtohinnoittelusta katso tarkemmin esim. Karjalainen – Raunio 2007, s. 11–16 ja Neilimo – Uusi-Rauva, s. 263–264.

² Suorite voi olla esimerkiksi tavara tai palvelu. Myös esimerkiksi konsernin sisäinen laina tulee hinnoitella eli määrittää sille siirtohintana.

³ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 3.

⁴ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 3.

dun mukaisesti. Keskinäisten liiketoimien hinta voi poiketa markkinaehtoisesta hinnoittelusta, koska hinta ei muodostu välttämättä samalaisen neuvotteluprosessin tuloksena, kuin riippumattomien osapuolten välillä. Markkinaehtoisuudesta poikkeava siirtohinnoittelu johtaa käytännössä siihen, että yrityksen jollekin yksikölle kohdistetaan liikaa verotettavaa tuloa tai vähennettäviä menoja. Voi myös olla, että jonkin konsernin sisäisen erän tulotyyppiä pyritään muuttamaan niin, että erään kohdistuva verorasitus olisi tulon saajalle lähdeverotuksen näkökulmasta mahdollisimman pieni. Vastaavasti myös menoerän tyyppiä voidaan pyrkiä muuttamaan siten, että meno olisi mahdollisimman laajasti vähennyskelpoinen sen suorittaneen yrityksen verotuksessa.⁵

Mikäli veroviranomainen verotarkastuksen yhteydessä huomaa, että etuyhteisyriyten välisissä liiketoimissa on poikettu markkinaehtoperiaatteesta, eli sovittu ehdoista, jotka poikkeavat siitä, mitä toisistaan riippumattomat osapuolet olisivat keskenään sopineet, voidaan verovelvollisen tuloon lisätä määrä, joka olisi kertynyt ehtojen vastatessa sitä mitä riippumattomat osapuolet olisivat sopineet. Tätä kutsutaan siirtohinnoitteluoikaisuksi. Suomen kansallisessa lainsäädännössä siirtohinnoitteluoikaisusta säädetään verotusmenettelylain 31 §:ssä. Suomen solmimiin verosopimukseen sisältyy myös siirtohinnoitteluoikaisun mahdollistava artikla. Se perustuu OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklaan. Kyseinen artikla mahdollistaa siirtohinnoitteluoikaisun tekemisen kansainvälisissä tilanteissa.

Eri valtioiden veroviranomaiset ovat viime vuosina heränneet globalisaation vaikutuksiin ja siihen, että siirtohintojen poikkeaminen markkinaehtoperiaatteesta johtaa valtioiden saamien verotulojen vähenemiseen. Monikansalliset konsernit toimivat globaalissa toimintaympäristössä, mutta valtioiden verojärjestelmät ovat puhtaasti kansallisia. Valtiot kokevat kansallisen veropohjan suojaamisen tärkeäksi erityisesti taloudellisesti tiukkoina aikoina. Maailmanlaajuinen taantuma onkin nostanut siirtohinnoittelukysymykset kansainväliselle poliittiselle agendalle. Tuorein esimerkki tästä kehityksestä on OECD:n

⁵ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 4. Esimerkkinä tulotyyppin muuttamisesta voidaan mainita tilanne, jossa konserniyhtiö pyrkii osoittamaan liike-tulon olevan rojaltia. Esimerkkinä menoerän muuttamisesta voidaan mainita osinkojen käsittely korkoina, jolloin ne voidaan vähentää maksun suorittaneen yhtiön verotuksessa.

BEPS-hanke⁶ veropohjan rapautumisen estämiseksi.⁷

Siirtohinnoittelu on ollut yhä etenevissä määrin esillä myös mediassa. Siirtohinnoitteluun keskittyvät verotarkastukset ovat yleistyneet, ja yritysten veroseuraamukset siirtohinnoitteluoikaisuista ovat olleet varsin huomattavia, jopa satoja miljoonia euroja. Siirtohinnoitteluun liittyvästä uutisoinnista aiheutuu monikansallisille yrityksille myös huomattava maineeseen liittyvä riski. Siirtohinnoittelu esitetäänkin usein julkisessa keskustelussa negatiivisena ilmiönä, ja jopa samaistetaan veron kiertämiseen. Todellisuudessa kyse on normaalista kansainvälisten yritysten toiminnasta, joka johtuu välttämättömyydestä ja pakosta hinnoitella konserniyhtiöiden väliset liiketoimet tavalla tai toisella⁸.

Siirtohinnoitteluoikaisuun liittyvä, melko tuore ilmiö verotuksessa, on niin sanottu liiketoimien uudelleenluonnehdinta⁹. Ilmiö nousi ensimmäisen kerran esille vuonna 2013, kun kävi ilmi, että Verohallinto oli siirtohinnoitteluoikaisua koskevan VML 31 §:n perusteella katsonut konsernin sisäisen lainan olevan verotukselliselta luonteeltaan oman pääoman ehtoinen sijoitus, ja evännyt näin lainan korkojen vähennyskelpoisuuden verotuksessa. Verohallinto oli ilmeisesti uudelleenluonnehtinut myös muita yritysten suorittamia etuyhteysliiketoimia. Reijo Knuutisen mukaan Verohallinto oli muun muassa pyrkinyt luonnehtimaan etuyhteysosapuolten välisen lisenssisopimuksen kaupaksi¹⁰. Liiketoimen uudelleenluonnehdinnalla tarkoitetaan siis tilannetta, jossa veroviranomainen verotarkastuksen yhteydessä päätyy sivuuttamaan yhtiön tekemän oikeustoimen tai esimerkiksi konsernin juridisen rakenteen, ja verotus toimitetaan toimintojen ja rakenteiden uudelleenarvioinnin pohjalta. Perinteiseen siirtohinnoitteluoikaisuun, jossa muutetaan vain etuyhteysyritysten välistä hinnoittelua, verrattuna uudelleenluonnehdinta merkitsee laajempaa puuttumista siihen, miten yritykset ovat sopimusvapauden nimissä järjestäneet keskinäiset suhteensa. Liiketoimien uudelleenluonnehdinnat ovat varsin kiistanalaisia, ja

⁶ BEPS on lyhenne sanoista Base Erosion and Profit Shifting.

⁷ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 4–5.

⁸ Penttilä 2015a, s. 120.

⁹ Uudelleenluonnehdinnasta on käytetty myös termejä uudelleenluokittelu, uudelleenkarakterisointi ja uudelleenarviointi.

¹⁰ Knuutinen 2015b, s. 1055. Lisenssisopimuksen uudelleenluonnehtimisella kaupaksi on vaikutusta ainaakin tulon jaksottumiseen. Kauppa realisoi tuloa heti, kun taas lisenssisopimus vasta ajan kanssa. Lisäksi vaikutusta saattaa olla myös tulon määrään, riippuen muun muassa arvostusperiaatteista.

voivat johtaa kaksinkertaiseen verotukseen kansainvälisissä tilanteissa. Uudelleenluonnehdintojen perusteella määrättävät jälkiverot ovat myös huomattavia. Esimerkiksi otsikoissa olleiden Fortumin ja Nokian renkaiden jälkiveroseuraamukset asiaan liittyen olivat suuruudeltaan satoja miljoonia euroja¹¹. Aihepiiristä julkaistiin vuosina 2013–2014 runsaasti artikkeleja ja kommentteja. Useimmissa niistä liiketoimien uudelleenluonnehdintaan VML 31 §:n perusteella suhtauduttiin varsin jyrkästi¹². Uudelleenluonnehdintaa koskevia tapauksia käsiteltiin hallinto-oikeuksissa, sekä myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Korkein hallinto-oikeus antoi lopulta 3.7.2014 ratkaisun KHO 2014:119, jossa se totesi, että Verohallinto ei voi VML 31 §:n perusteella suorittaa etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdintoja¹³. Kyseinen ratkaisu on toistaiseksi ainoa aihepiiriä koskeva korkeimman hallinto-oikeuden antama ratkaisu.

Asia ei ole kuitenkaan yksiselitteinen. OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden¹⁴ mukaan liiketoimien uudelleenluonnehdinta oli mahdollista kahdessa poikkeuksellisessa tilanteessa. OECD julkaisi lopullisten BEPS-raporttien yhteydessä vuonna 2015 uudet siirtohinnoitteluohjeet. Uusissa siirtohinnoitteluohjeissa uudelleenluonnehdinnan termistä on luovuttu, mutta ohjeissa¹⁵ puhutaan liiketoimen tunnistamisesta ja sivuuttamisesta. Pyrin avaamaan kyseisten termien sisältöä tarkemmin luvuissa 5.2.3 ja 5.2.4, mutta lyhyesti sanottuna liiketoimen sivuuttaminen on uudelleenluonnehdintaa vastaava toimi, jossa yrityksen toteuttama etuyhteysliiketoimi sivutetaan, ja verotus toimitetaan toimintojen ja rakenteiden uudelleenarvioinnin pohjalta. Liiketoimen tunnistaminen on sen sijaan hieman vaikeammin arvioitava käsite. Vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeiden mukaan osapuolten välistä sopimusta tulee verrata osapuolten tosiasialliseen käyttäytymiseen. Vaikka sopimusehdot ovat liiketoimen tunnistamisen lähtökohta, voidaan todellinen liiketoimi tunnistaa osapuolten todellisen käyttäytymisen perusteella, jos kirjalliset

¹¹ Ks. esim. Helsingin sanomien uutinen aiheeseen liittyen, Helsingin sanomat 4.7.2014, KHO: Verottajan tulkinta siirtohinnoittelusta laiton. <http://www.hs.fi/talous/a1404359505926>.

¹² Ks. esim. Haapaniemi 2013, s. 23; Helminen 2014a; Juusela 2014, s. 55 ss. ja Lehtonen 2014, s. 183 ss. Tosin ks. myös Isomaa-Myllymäki 2014b, s. 72 ja Laaksonen 2014, s. 16 ss.

¹³ Esittelen kyseisen oikeustapauksen laajemmin luvussa 3.4.

¹⁴ OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010 (OECD 2010).

¹⁵ OECD: Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with value Creation, Actions 8–10 Final Reports (OECD 2015b).

sopimusehdot eivät vastaa etuyhteysliiketoimen taloudellisesti merkittäviä ominaisuuksia.¹⁶ Mitä tämä käytännössä tarkoittaa? Entä millaisia vaikutuksia uusilla siirtohinnoitteluoheilla on Suomen verotuskäytäntöön? Muuan muassa näihin kysymyksiin pyrin tutkimuksessani vastaamaan.

1.2 Tutkimuskohde ja aiheen raja

Tutkimuksen kohteena on siirtohinnoitteluoikaisuun liittyvä ilmiö, josta on käytetty nimitystä liiketoimien *uudelleenluonnehdinta*. Tutkimuksen tarkoituksena on käytännön esimerkkien, oikeuskäytännön ja asiaan liittyvän sääntelyn avulla kuvata mitä uudelleenluonnehdinnalla tarkoitetaan. Tutkimuksen tavoitteena on esitellä asiaan liittyvä oikeudellinen toimintaympäristö Suomessa, OECD:n ohjeistukset asiaan liittyen, sekä pohtia myös tämänhetkistä ja mahdollista tulevaisuuden tilaa asiaan liittyvän verotuskäytännön ja sääntelyn osalta. Uudelleenluonnehdinta-termi on peräisin OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluoheista. Vuonna 2015 OECD:n siirtohinnoitteluohteet päivitettiin niin sanottujen BEPS-loppuraporttien yhteydessä. Vuoden 2015 siirtohinnoitteluohteissa ei enää käytetä uudelleenluonnehdinnan käsitettä. Sen sijaan niissä otettiin käyttöön kaksi uutta termiä: liiketoimen *tunnistaminen* ja liiketoimen *sivuuttaminen*. Tutkimuksessa pyritään avaamaan myös kyseisten termien sisältöä, ja selvittämään miten etuyhteysliiketoimen uudelleenluonnehdinnan käsite eroaa etuyhteysliiketoimen tunnistamisen ja sivuuttamisen käsitteestä OECD:n siirtohinnoitteluohteiden ja Suomen kansallisen vero-oikeuden näkökulmasta.

Tutkimus on ajankohtainen, sillä uudelleenluonnehdintaan liittyvä oikeustila Suomessa ei ole täysin selvä johtuen muun muassa OECD:n uusista siirtohinnoitteluohteista, ja edellä mainittujen käsitteiden vaikeaselkoisuudesta. Aihepiiristä ei ole ratkaisun KHO 2014:119 jälkeen julkaistu uutta oikeuskäytäntöä, joten ei ole täysin selvää, miten liiketoimen tunnistaminen ja sivuuttaminen istuvat Suomen kansalliseen vero-oikeuteen. Suomen kansallista siirtohinnoitteluoikaisuun liittyvää sääntelyä ollaan myös mahdollisesti päivittämässä lähitulevaisuudessa. Valtiovarainministeriö on käynnistänyt loppuvuodesta

¹⁶ OECD 2015b, kohdat 1.42 ja 1.45 sekä 1.120.

2014 selvitystyön VML 31 §:n muuttamistarpeista. Kyseisen hankkeen etenemisestä ei ole tarkempaa tietoa, mutta periaatteessa hanke on edelleen käynnissä. Uutta sääntelyä voidaan siten mahdollisesti odottaa lähitulevaisuudessa.

Tutkimuskohdetta tarkastellaan seuraavien tutkimuskysymysten avulla:

1. Mitä tarkoitetaan käsitteillä liiketoimien *uudelleenluonnehdinta*, *tunnistaminen* ja *sivuuttaminen*?
2. Miten Suomen nykyinen vero-oikeus suhtautuu uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen?
3. Miten OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa on kuvattu liiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen?
4. Millaisia muutoksia asiaan liittyen on odotettavissa
 - kansallisen sääntelyn osalta Suomessa?
 - OECD:n BEPS-hankkeen myötä uudistettujen siirtohinnoittelu-ohjeiden vaikutuksista Suomen verotuskäytäntöön?

Tutkimuskohteen valintaan on vaikuttanut kaksi syytä. Ensinnäkin, tutkimuskohdetta ei ole Anita Isomaa-Myllymäen tuotantoa lukuun ottamatta käsitelty laajasti tuoreessa kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa. Asiaa koskevat artikkelit ja muu kirjallisuus ovat pääosin vuosilta 2013–2014, jolloin korkein hallinto-oikeus ei ollut vielä antanut ratkaisua KHO 2014:119, eikä OECD:n uusia siirtohinnoitteluohjeita oltu vielä julkaistu. Erityisesti liiketoimien tunnistamista ja sivuuttamista koskevaa kirjallisuutta on varsin vähän saatavilla. Tästä syystä aihetta on relevanttia tutkia edelleen.

Toinen aiheen valintaa puoltava argumentti on merkittävät taloudelliset intressit asiaan liittyen. Siirtohinnoitteluoikaisujen ja uudelleenluonnehdinnan aiheuttamat jälkiveroseuraamukset saattavat yksittäisen yrityksenkin tasolla nousta satoihin miljooniin euroihin. Uudelleenluonnehdinnan (sekä myös tunnistamisen ja sivuuttamisen) veroseuraamukset ovat siis merkittävät. Tästä syystä olisi tärkeää saada selkoa Suomen nykyisestä oikeus-

tilasta asiaan liittyen. Tämä on sekä veronsaajien että verovelvollisten yritysten intressissä. Veroviranomaiset haluavat suojata Suomen kansallisen veropohjan kattavuutta, ja estää voittojen siirtämisen muihin, mahdollisesti matalan verotuksen maihin. Verovelvollisten yritysten näkökulmasta uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen liittyvä epävarmuus aiheuttaa huomattavia taloudellisia ja maineeseen liittyviä riskejä. Siirtohinnoitteluun liittyvät veroriidat ovat monimutkaisia, kalliita ja aikaavieviä.

Tutkimuksessa tarkastellaan uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista yleisinä vero-oikeudellisina käsitteinä. Tarkastelu ei rajoitu pelkästään etuyhteysosapuolten välisten rahoitustransaktioiden luonnehdintaan, vaikka korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisemassa tapauksessa KHO 2014:119 oli kyse nimenomaan konsernin sisäisen lainan uudelleenluonnehtimisesta oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi. Anita Isomaa-Myllymäki on tuotannossaan keskittynyt aihepiiriin tarkasteluun lähinnä juuri konsernin sisäisen rahoituksen näkökulmasta. Siirtohinnoitteluoikaisusäänös¹⁷ mahdollistaa kuitenkin minkä tahansa liiketoimen siirtohinnan oikaisemisen. Myös OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa on kuvattu monenlaisia liiketoimia ja juridisia rakenteita, joita voi olla tarkoituksenmukaista uudelleenluonnehtia tai sivuuttaa. Tästä syystä ilmiötä on aiheellista tarkastella laajasti.

Tutkimus rajautuu tarkastelemaan uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista lähinnä Suomen kansallisen vero-oikeuden ja OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden näkökulmasta. Tutkimuksen laajuus huomioon ottaen ei ole mahdollista tehdä laajaa kansainvälistä oikeusvertailua eri maiden välillä asiaan liittyen. Muiden maiden oikeus- ja verotuskäytännöstä uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen liittyen on myös varsin niukasti tietoa saatavilla. Tästä huolimatta tutkimuksessa viitataan paikoin lyhyesti muiden maiden, lähinnä Ruotsin, Norjan ja Iso-Britannian, lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön asiaan liittyen. Esittelen kappaleessa 2.1 lyhyesti, miten markkinaehtoisuus esiintyy Ruotsissa ja Iso-Britanniassa. Kappaleessa 5.1 esittelen lyhyesti VML 31 §:n muutosehdotuksen yhteydessä Ruotsin, Norjan ja Alankomaiden kansallisten verolainsäädäntöjen suhtautumisen uudelleenluonnehdintaan. Kyseessä ei ole varsinainen oikeusvertailu, mutta kyseisten osioiden tarkoituksena on luoda perspektiiviä aiheen käsittelyyn.

¹⁷ VML 31.1 §.

Tutkimuksessa tarkastellaan *etuyhteysliiketoimien* uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista. Etuyhteysyrityksen määritelmä löytyy VML 31.2 §:stä, jossa on säädetty, milloin liiketoimen osapuolella on toiseen osapuoleen etuyhteyden muodostava määräysvalta. Osapuolella on määräysvalta silloin, kun:

- 1) se välittömästi tai välillisesti omistaa yli puolet toisen osapuolen pääomasta;
- 2) sillä välittömästi tai välillisesti on yli puolet toisen osapuolen kaikkien osakkeiden tai osuuksien tuottamasta äänimäärästä;
- 3) sillä välittömästi tai välillisesti on oikeus nimittää yli puolet jäsenistä toisen yhteisön hallitukseen tai siihen verrattavaan toimielimeen tai toimielimeen, jolla on tämä oikeus; tai
- 4) sitä johdetaan yhteisesti toisen osapuolen kanssa tai se muutoin voi tosiasiallisesti käyttää määräysvaltaa toisessa osapuolella.

Määräysvaltaa käyttävän kolmannen osapuolen asemassa voi olla myös luonnollinen henkilö yksin tai yhdessä lähipiirinsä¹⁸ kanssa. Esimerkiksi kummankin aviopuolison omistaessa 30 prosenttia liiketoimen osapuolina olevien yritysten pääomasta, kyseisten yritysten katsotaan olevan etuyhteydessä toisiinsa. Luonnollisen henkilön ja sen omistaman yrityksen väliset liiketoimet eivät kuitenkaan ole sellaisia etuyhteystoimia, joihin sovellettaisiin siirtohinnoittelusäännöksiä.¹⁹

1.3 Tutkimuksen metodi ja lähdeaineisto

Tutkimuksen metodologinen lähestymistapa on lainopillinen eli oikeusdogmaattinen. Lainopin tutkimuskohteena on voimassa oleva oikeus²⁰. Lainopin tehtävä on tulkita säännöksiä ja systematisoida niiden sisältöä²¹. Metodi soveltuu tutkimukseeni hyvin, sillä tarkoitukseni on systematisoida uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen liittyvää sääntelyä ja tämän avulla saada selkoa siitä, mitä eroa kyseisillä käsitteillä on.

¹⁸ Lähipiiriin kuuluvaksi katsotaan henkilön avio- tai avopuoliso, sisarus, sisar- ja velipuoli, henkilön ja hänen puolisonsa ylenevässä tai alenevassa polvessa oleva sukulainen sekä mainittujen henkilöiden avio- ja avopuolisot. Jaakkola et al, s. 31.

¹⁹ Jaakkola et al, s. 31.

²⁰ Hirvonen 2011, s. 21.

²¹ Oikeusdogmaattisesta tutkimusmetodista ks. esim. Aarnio 1982, s. 61 ss. ja Aarnio 1989, s. 53–61.

Lähdeaineisto muodostuu verotusmenettelylain 31 ja 28 §:ien lisäksi kyseisten säännösten esitöistä, oikeuskäytännöstä ja oikeuskirjallisuudesta. Myös OECD:n ohjeet ja muut materiaalit, erityisesti malliverosopimuksen 9 artikla, malliverosopimuksen kommentaari ja siirtohinnoitteluohjeet muodostavat merkittävän osan tutkimuksen lähdeaineistosta. OECD:n ohjeiden merkitystä oikeuslähteenä on syytä tarkastella hieman tarkemmin, johtuen niiden juridisesta sitomattomuudesta. Tarkastelenkin OECD:n ohjeistusten merkitystä oikeuslähteenä siirtohinnoitteluasioissa tutkimuksen kappaleessa 4.1.1.

Perinteisen oikeuskirjallisuuden lisäksi olen käyttänyt tutkimukseni lähteinä erilaisia artikkeleja, oikeustapauskommentteja ja muita verotuksen asiantuntijoiden näkemyksiä tarkasteltavasta aiheesta. Suurin osa lähdeaineistona toimivasta oikeuskirjallisuudesta on kotimaista, johtuen tutkimuksen fokuksesta. Tarkoitukseni on systematisoida uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen liittyvää oikeudellista toimintaympäristöä erityisesti Suomen osalta. Merkittävän osan tutkimuksen lähdeaineistosta muodostaa Anita Isomaa-Myllymäen lukuisat julkaisut aihepiiriin liittyen. Isomaa-Myllymäen vuonna 2016 julkaistu väitöskirja *Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus. Markkinaehtoperiaatteen soveltamisen oikeudelliset rajoitukset etuyhteysluotonannossa* on tärkeä lähde tässä tutkimuksessa. Väitöskirja sisältää myös Isomaa-Myllymäen tieteelliset erityisjulkaisut, joita on julkaistu Verotus-lehdessä vuosina 2014–2016.

Olen hyödyntänyt tutkimuksessa lähdeaineistona kuitenkin myös jonkin verran ulkomaista oikeuskirjallisuutta. Näistä mainitsemisen arvoinen on Andreas Bullenin väitöskirja *Arm's Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing* vuodelta 2010. Siinä Bullen tarkastelee liiketoimien markkinaehtoisia rakenteita ja uudelleenluonnehdintaa. Tämän lisäksi olen käyttänyt lähdeaineistona kansainvälisiä artikkeleja esimerkiksi European Taxation ja Bulletin for International Taxation -julkaisuista.

1.4 Tutkimuksen rakenne

Tutkimus rakentuu siten, että johdannon jälkeen pääluvussa kaksi esitellään siirtohinnoittelua yleisellä tasolla, sekä markkinaehtoperiaatteen ilmenemistä eräissä vertailumaissa. Vertailumaiksi valikoitui Ruotsi ja Iso-Britannia. Luvun tarkoituksena on toimia johdatusena aiheeseen, ja antaa lukijalle syvempää ymmärrystä siirtohinnoittelusta vero-oikeudellisena ilmiönä. Tämä auttaa lukijaa ymmärtämään myöhemmin tutkimuksessa käytettyjä käsitteitä kuten markkinaehtoisuus, siirtohinnoitteluoikaisu ja siirtohinnoitteluanalyysi. Tarkoituksena on myös kuvata yleisesti siirtohinnoitteluprosessin etenemistä.

Tämän jälkeen pääluvussa kolme esittelen nykyisen liiketoimien uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista koskevan oikeudellisen toimintaympäristön Suomessa. Tähän liittyy vahvasti oikeudellisen muodon lähtökohtainen kunnioittaminen myös verotuksessa, vero-oikeudellinen legaliteettiperiaate, sekä verotusmenettelylain säännökset. Esittelen luvussa myös ratkaisun KHO 2014:119 laajasti. Suomen oikeusjärjestelmässä on lähtökohtana, että osapuolten jollekin oikeustoimelle antamaa muotoa lähtökohtaisesti kunnioitetaan. Oikeudellisia muotoja voidaan sivuuttaa vain poikkeuksellisissa tilanteissa. Tämä on lähtökohta myös verotuksessa Suomessa. Legaliteettiperiaate eli laillisuusperiaate liittyy tarkasteltavaan aihepiiriin siten, että korkein hallinto-oikeus korosti ratkaisunsa KHO 2014:119 perusteluissa muun muassa sitä, että siirtohinnoitteluohjeilla ei verotuksen lakisidonnaisuuden periaate huomioon ottaen ole VML 31 §:n soveltamisalaa laajentavaa vaikutusta. Legaliteettiperiaate edellyttää verotuksessa tehtäviltä tulkitakannanotoilta vahvaa liittymää lakiin. Tärkeimmät säännökset uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista koskien ovat VML 28 ja 31 §.

Neljännessä pääluvussa esittelen OECD:n sääntelyn uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen liittyen. Luvun alussa pohdin OECD:n malliverosopimuksen, sen kommentaarin ja siirtohinnoitteluohjeiden merkitystä oikeuslähteenä siirtohinnoitteluasioissa. Pohdin myös OECD:n ohjeistuksissa tapahtuvia muutoksia ja niiden taannehtivaa soveltamista. Tämän jälkeen vertailen mitä uudelleenluonnehdinnasta, tunnistamisesta ja sivuuttamisesta on säädetty OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa, BEPS-hankkeen toimenpiteiden 8–10 luonnosversiossa (joka julkaistiin joulukuussa

2014) sekä BEPS toimenpiteiden 8–10 loppuraportissa eli uusissa vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa.

Viidennessä pääluvussa pohdin uusien siirtohinnoitteluohjeiden vaikutuksia uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen liittyvään oikeus- ja verotuskäytäntöön Suomessa. Pyrin esittelemään sekä Verohallinnon että yksityisen puolen toimijoiden, lähinnä verokonsulttien, näkemyksiä asiasta. Esittelen luvussa myös Valtiovarainministeriön toteuttaman hankkeen VML 31 §:n muuttamiseksi.

Viimeisessä eli kuudennessa luvussa esittelen tutkimukseni keskeisimmät havainnot ja johtopäätökset. Pyrin muun muassa tiivistämään käsitteiden uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen merkityksen kyseisessä päätösluvussa.

2 SIIRTOHINNOITTELU

2.1 Markkinaehtoisuus

2.1.1 Markkinaehtoperiaate yleisesti ja markkinaehtoisuus Suomen kansallisessa lainsäädännössä

Siirtohinnoittelun kansainvälisenä peruseriaatteena on markkinaehtoperiaate²², jonka mukaan etuyhteydessä toisiinsa olevien osapuolten välisissä liiketoimissa on noudatettava ehtoja, joita olisi käytetty toisistaan riippumattomien osapuolten välillä vastaavassa olosuhteessa²³. Suomessa markkinaehtoperiaate on ollut laintasoisena säännöksenä voimassa jo vuodesta 1965 alkaen, jolloin VML:ää edeltäneen verotuslain (482/1958) 72 §:ään kirjattiin markkinaehtoperiaate. Myöhemmin lainkohta siirtyi VML 31 §:iin ja säilyi käytännössä muuttumattomana vuoden 2006 loppuun asti.²⁴

VML 31 § on ollut nykyisessä muodossaan vuonna 2006 toteutetusta lakimuutoksesta (2006/1041) lähtien. Tuota edeltävä siirtohinnoittelua koskeva säännös oli siinä mielessä nykyisä säännöstä suppeampi soveltamisalaltaan, että se koski vain kansainvälistä peiteltyä voitonsiirtoa. Vuoden 2006 uudistuksessa säännöstä täsmennettiin ja uudistettiin siten, että se soveltuu muutoksen jälkeen myös Suomessa yleisesti verovelvollisten välisiin liiketoimiin. Muutos oli osa suurempaa siirtohinnoittelua koskevaa lainsäädäntömuutosta.²⁵ Samassa yhteydessä verotusmenettelylakiin lisättiin muun muassa siirtohinnoitteludokumentaatiota koskevat säännökset²⁶. Kyseisen muutoksen lainvalmisteluaineistossa korostettiin siirtohinnoitteluasioiden painoarvion huomattavaa kasvua. Siirtohinnoittelun merkityksen ennakoitiin yhä kasvavan muun muassa yritysten kansainvälistymisen seurauksena²⁷. Tämä ennuste on pitänyt ehdottomasti paikkansa.²⁸

²² Arm's lenght principle.

²³ Jaakkola et al 2012, s. 21.

²⁴ Jaakkola et al, s. 30.

²⁵ Penttilä 2015a, s. 121–122.

²⁶ VML 14 a–c §.

²⁷ HE 107/2005, s. 10.

²⁸ Penttilä 2015a, s. 121–122.

2.1.2 Markkinaehtoisuus Ruotsissa

Ruotsissa markkinaehtoperiaate sisältyy Inkomstskattelagenin (1999:1229) 14 luvun 19 §:ään. Säännöksen, joka tunnetaan nimellä *korrigeringsregeln*, mukaan elinkeinotoiminnan tuloksen ollessa pienempi siitä syystä, että on sovittu ehdoista, jotka poikkeavat siitä, mitä olisi riippumattomien elinkeinonharjoittajien sovittu, tulos on laskettava sen määrän suuruiseksi, johon se olisi noussut, jos tällaisia ehtoja ei olisi ollut. *Korrigeringsregeln* on kansainvälisiä tilanteita koskeva erityissäännös, joka syrjäyttää yleiset elinkeinotulon laskennassa sovellettavat säännökset. Se ei sisällä ohjeita markkinaehtoisin hinnan määräytymiseen, joten säännöksen soveltamiseen tarvitaan myös muita tulkintalähteitä. Apuna käytetään OECD:n siirtohinnoitteluohjeita, vaikka niillä ei olekaan muodollisesti velvoittavaa asemaa.²⁹

Korrigeringsregeln vastaa muotoilultaan pitkälti OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklaa ja Suomen VML 31 §:ää. *Korrigeringsregeln*in soveltamisala on kuitenkin jossain määrin suppeampi. Sen soveltaminen edellyttää, että myös muut säännöksessä asetetut ehdot täyttyvät. Jotta säännöstä voidaan soveltaa, sen osapuolen, jolle tulo on siirretty sopimusehtojen perusteella, ei tule olla Ruotsissa verovelvollinen kansallisen lainsäädännön tai verosopimuksen nojalla. Lisäksi sopimusosapuolilla on voitava olettaa olevan todennäköisten syiden perusteella taloudellinen etuyhteys. Soveltaminen edellyttää myös, että olosuhteista ei ilmene, että poikkeavat ehdot johtuisivat muusta kuin taloudellisesta etuyhteydestä.

Oikeuskäytännössä *korrigeringsregeln*in soveltamisessa on korostunut varovaisuuden periaate ja kokonaisarvioinnin merkitys. Sen tulkintakäytäntö on ollut perinteisesti verovelvollisyyhteistä. Oikaisut ovat rajoittuneet vain selkeisiin hintapoikkeamiin ja säännöstä on sovellettu varovaisuutta noudattaen. Säännös ei sovellu liiketoimien oikeudellisten seurausten sivuuttamiseen, vaan ainoastaan hinnoittelun korjaamiseen. Säännös ei siis sovellu liiketoimien uudelleenluonnehdintaan tai sivuuttamiseen.³⁰

²⁹ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 243.

³⁰ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 246 ja 249.

2.1.3 Markkinaehtoisuus Iso-Britanniassa

Iso-Britannian siirtohinnoittelusäännöstö sisältyy Taxation (International and Other Provisions) Act 2010:n osaan 4. Kyseessä on laaja, kahdeksan lukua ja yli 40 säännöstä kattava säännöstö. Kyseisen säännösten osiossa 147 on ilmaistu siirtohinnoitteluoikaisua koskeva perussääntö. Sen mukaan etuyhteysosapuolten liiketoimessa tai liiketoimien sarjassa käyttämät ehdot korvataan markkinaehtoisilla ehdoilla, jos etuyhteysosapuolten käyttämät ehdot poikkeavat markkinaehtoisista ehdoista ja jos toinen osapuolista saa näiden ehtojen johdosta veroetua.

Iso-Britanniassa siirtohinnoitteluohjeet ja OECD:n markkinaehtoperiaate on tuotu osaksi siirtohinnoittelua koskevaa lainsäädäntöä. Taxation (International and Other Provisions) Act 2010 osiossa 164 on nimenomaisesti todettu, että osan 4 säännöksiä tulee tulkita tavalla, joka turvaa parhaiten niiden yhtenäisyyden OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklan ja OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden kanssa.³¹

Iso-Britanniassa omaksuttu markkinaehtoperiaate poikkeaa jossain määrin VML 31.1 §:n sääntelystä laajuutensa ja yksityiskohtaisuutensa perusteella. Iso-Britanniassa esimerkiksi konsernin sisäisen rahoitusrakenteen markkinaehtoisuuden arviointi lain mukaan osa etuyhteysluoton markkinaehtoisuuden arviointia. Iso-Britanniassa voidaan myös soveltaa yleistä veron kiertämistä koskevaa säännöstä ja siirtohinnoittelusäännöksiä päällekkäin.³²

³¹ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 251.

³² Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 259.

2.2 Siirtohinnoitteluanalyysi prosessina

2.2.1 Toimintoanalyysi

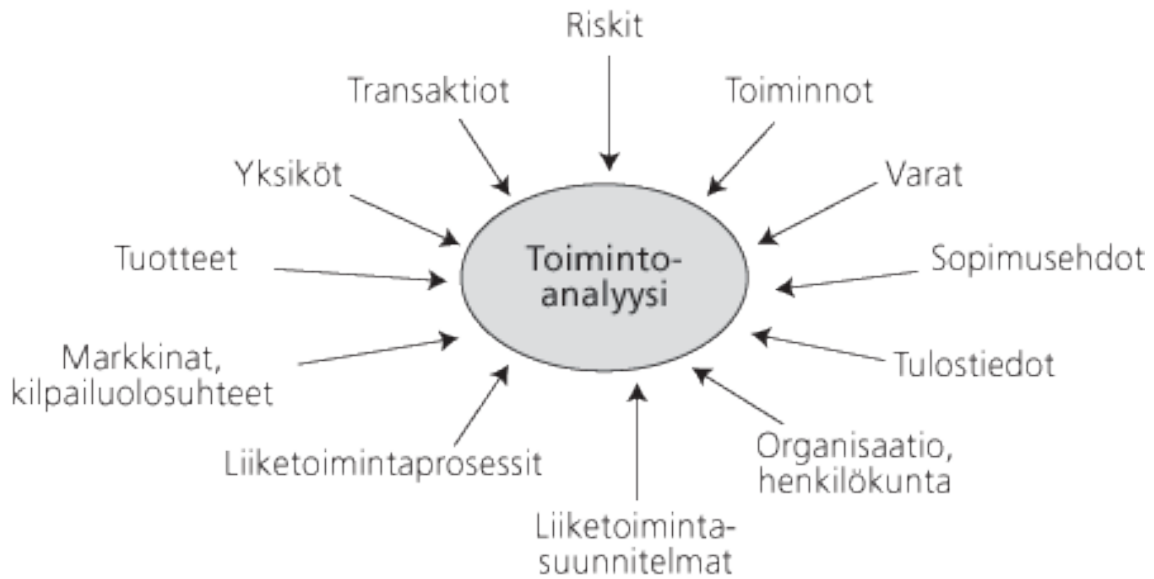
Edellä mainitun markkinaehtoperiaatteen toteutumista arvioidaan siirtohinnoitteluanalyysin avulla. Kun liiketoimen osapuolet on selvitetty ja tunnistettu, tulee niistä tehdä niin sanottu toimintoanalyysi³³. Toimintoanalyysin tavoitteena on selvittää transaktion osapuolten liiketoimintaan liittyvät toiminnot, riskit ja toimintaan sitoutuneet varat. Näitä tietoja käytetään määrittäessä tulostasoa, joka kullekin transaktion osapuolelle kuuluu. Toimintoanalyysin tavoitteena on myös mahdollistaa transaktion osapuolten luonteen määrittely, eli esimerkiksi se, toimiiko valmistusyhtiö täyden riskin valmistusyhtiönä vai ns. sopimusvalmistajana.³⁴

Toimintoanalyysin suorittaminen vaatii tietojen keräämistä useista lähteistä ja on usein hyvin aikaa vievää. Tyypillisesti toimintoanalyysi aloitetaan selvittämällä perustiedot yhtiön (ja konsernin) toiminnasta tutustumalla olemassa olevaan taustamateriaaliin. Tämän jälkeen on usein syytä haastatella yhtiön eri toimintoihin liittyviä avainhenkilöitä, kuten esimerkiksi talouspäälikkää, markkinointipäälikkää ja logistiikkapäälikkää. Haastatte-
luista ja muista lähteistä kerättyjen tietojen perusteella laaditaan transaktion osapuolista toimintoanalyysit, joista käy ilmi muun muassa yhtiöiden toiminnot, niiden omaksumat riskit, liiketoimintaan sitoutuneet varat ja yhtiöiden mahdollisesti omistamat aineettomat oikeudet. Toimintoanalyysi luo siis yhtiölle profiilin, jonka avulla yhtiön luonnetta voidaan tarkemmin analysoida.³⁵ Oheisessa kuviossa on kuvattu toimintoanalyysiin vaikuttavia seikkoja (Karjalainen – Raunio 2007, s. 53).

³³ Functional Analysis.

³⁴ Karjalainen – Raunio 2007, s. 52.

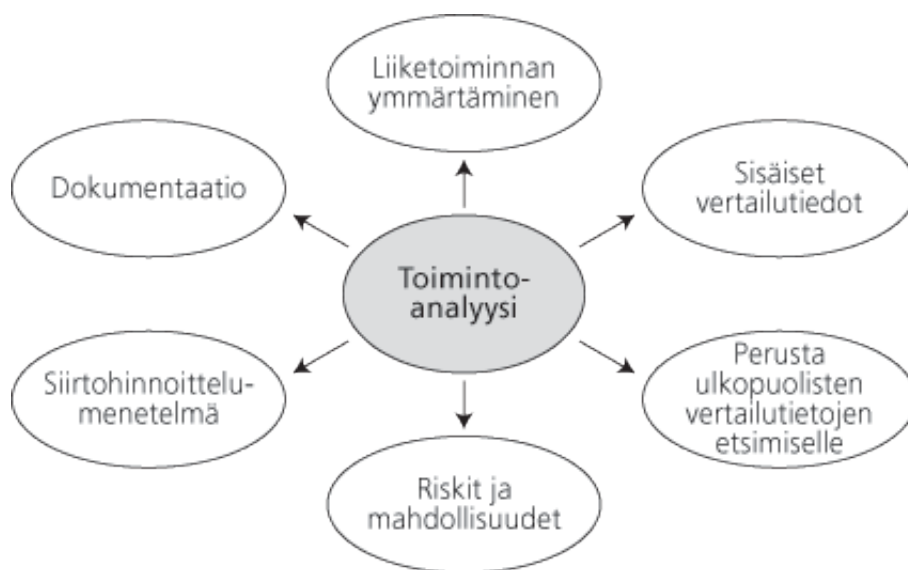
³⁵ Karjalainen – Raunio 2007, s. 53.



Kuvio 1: Toimintoanalyysiin vaikuttavia seikkoja (Karjalainen – Raunio 2007, s. 53).

Toimintoanalyysin keskeinen tavoite on liiketoiminnan ymmärtäminen. Yhtiön liiketoiminnan ymmärtäminen on edellytyksenä sille, että siirtohinnoitteluun liittyviä kysymyksiä voidaan tarkastella oikeassa viitekehyksessä. Yhtiön liiketoiminta sen harjoittamien toimintojen ja omaksumien riskien muodossa sekä toisaalta liiketoimintaympäristöön liittyvät kysymykset yhdessä asettavat reunaehdot, joiden perusteella siirtohinnoittelun markkinaehtoisuutta tulee tarkastella. Markkinaehtoisuuden tarkastelu edellyttää, että yhtiön toimintaympäristöstä ja liiketoiminnasta syntyy riittävän tarkka kuva. Tämä mahdollistaa oikean vertailukohteen valinnan ja toisaalta yhtiön aseman määrittelyn suhteessa valittuun vertailukohteeseen.³⁶ Oheisessa kuviossa on kuvattu toimintoanalyysin ”tuotos” (Karjalainen – Raunio 2007, s. 54).

³⁶ Karjalainen – Raunio 2007, s. 55.



Kuvio 2: Toimintoanalyysin ”tuotos” (Karjalainen – Raunio 2007, s. 54).

2.2.2 Vertailuanalyysi ja siirtohinnoittelumenetelmän valinta

Toimintoanalyysin jälkeen seuraava vaihe siirtohinnoitteluanalyysissä on vertailuanalyysin suorittaminen. Vertailuanalyysissä pyritään löytämään mahdollisimman tarkkoja vertailukohteita tarkasteltavalle transaktiolle. Vertailuanalyysin lähtökohtana on todellisen liiketoimen tunnistaminen ja määrittäminen³⁷. Vasta sen jälkeen tehdään varsinainen vertailu, jossa etuyhteysliiketoimea verrataan vertailukelpoisiin, riippumattomien osapuolten välillä tehtyihin liiketoimiin.

Markkinaehtoperiaatteen toteutuminen voidaan osoittaa käyttämällä OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa mainittuja siirtohinnoittelumenetelmiä.³⁸ Sinänsä kuitenkin mitkä ta-

³⁷ Tämän voisi katsoa olevan vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa kuvattua todellisen liiketoimen tunnistamista. Määrittämisessä ja tunnistamisessa osapuolten väliset kaupalliset ja taloudelliset suhteet pyritään tunnistamaan. Määrittämisen ja tunnistamisen lähtökohtana ovat sopimusehdot, mutta ratkaisevaa on osapuolten todellinen käyttäytyminen. Ks. OECD 2015b, kohdat 1.42 ja 1.45. Myös vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa vertailuanalyysin pohjana oli osapuolten tosiasiassa toteutuma liiketoimi. Ks. OECD 2010, kohdat 1.49 ja 1.65.

³⁸ Karjalainen – Raunio 2007, s. 65.

hansa menetelmät, jotka johtavat markkinaehtoperiaatteen toteutumiseen, ovat sallittuja.³⁹ Siirtohinnoittelumenetelmät jaetaan perinteisiin ja uusiin, niin sanottuihin voittopohjaisiin menetelmiin. Perinteisiin siirtohinnoittelumenetelmiin kuuluu markkinahintavertailumenetelmä (CUP⁴⁰), jälleenmyyntihintamenetelmä (RPM⁴¹) ja kustannusvoittolisämenetelmä (CMP⁴²). Näistä ensisijainen ja OECD:n suosittama siirtohinnoittelumenetelmä on markkinahintavertailumenetelmä. Siinä siirtohintaa määritellään vertaamalla konserniyhtiöiden sisäisissä transaktioissa käyttämiä hintoja riippumattomien osapuolten vastaavanlaisissa olosuhteissa riittävän vertailukelpoisissa transaktioissa käyttämiin hintoihin. Sisäisissä transaktioissa käytetyn hinnan tulee vastata riippumattomien osapuolten vertailukelpoisissa transaktioissa käyttämää hintaa. Vertailussa voidaan käyttää joko saman yrityksen riippumattomien tahojen kanssa käyttämiä hintoja tai kahden täysin riippumattoman yrityksen välisiä hintoja.⁴³ Jälleenmyyntihintamenetelmässä markkinaehtoinen hinta määritellään ostajan käyttämän jälleenmyyntihinnan perusteella. Hinta määritellään vähentämällä siitä hinnasta, jolla sama tuote on myyty edelleen, siihen lisätyt kustannukset ja tietty voittomarginaali.⁴⁴ Menetelmää käytettäessä markkinaehtoinen hinta myytäessä tuotteita konsernin sisäisesti saadaan siis vähentämällä tuotteen lopullisesta jälleenmyyntihinnasta normaali jälleenmyyjälle kuuluva kate.⁴⁵ Kyseinen menetelmä soveltuu erityisesti tuotteisiin, jotka myydään sellaisenaan eteenpäin. Palvelusuoritteiden osalta jälleenmyyntihintamenetelmä on harvoin käyttökelpoinen.⁴⁶ Kustannusvoittolisämenetelmässä markkinaehtoinen hinta määritellään lisäämällä tavaran tai palvelun tuottamisesta aiheutuneisiin kustannuksiin tietty voittolisä. Kustannuksista otetaan huomioon sekä muuttuvat- että kiinteät kustannukset. Kyseinen menetelmä soveltuu hyvin erilaisten

³⁹ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät.

⁴⁰ CUP = comparable uncontrolled price method.

⁴¹ RPM = resale price method.

⁴² CMP = cost plus method.

⁴³ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät > CUP-menetelmä.

⁴⁴ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät > Jälleenmyyntihintamenetelmä.

⁴⁵ Jakkola et al 2012, s. 78.

⁴⁶ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät > Jälleenmyyntihintamenetelmä.

puolivalmisteiden hinnoitteluun silloin kun tytäryhtiö toimii lähinnä emoyhtiön alihankkijana.⁴⁷

Uusin voittopohjaisiin siirtohinnoittelumenetelmiin kuuluu liiketoiminettomarginaalimenetelmä (TNMM⁴⁸) ja voitonjakamismenetelmä (PSM⁴⁹). Liiketoiminettomarginaalimenetelmässä arvioidaan vastaavan transaktion riippumattomien osapuolten välillä synnyttämä nettovoittomarginaali suhteessa esim. kustannuksiin, liikevaihtoon tai varoihin.⁵⁰ Voitonjakamismenetelmässä taas määritellään toisilleen läheisten osapuolen välisen transaktion tai transaktioiden voitto, joka jaetaan osapuolten kesken markkinaehtoisesti eli tavalla, josta riippumattomat osapuolet olisivat sopineet. Voitonjakamismenetelmää voidaan käyttää tilanteissa, joissa transaktion osapuolet harjoittavat toimintaa sillä tavalla yhdessä, että transaktiota ei voida tarkastella osapuolten osalta erikseen. Menetelmä soveltuu parhaiten tilanteisiin, joissa osapuolet muodostavat joint venturen tai yhtymän.⁵¹

Yllä mainituista siirtohinnoittelumenetelmistä suositeltavin on siis markkinahintavertailumenetelmä CUP. Sitä on käytettävä siirtohinnan määrittämiseksi mikäli mahdollista.⁵² Tämä on ymmärrettävää, sillä markkinaehtoperiaatteen perimmäinen ajatus on, että etuyhteysyritysten välisissä liiketoimissa tulee noudattaa samoja hintoja kuin toisistaan riippumattomien osapuolten välillä. CUP-menetelmää tulisi käyttää ensisijaisesti aina, kun riittävän samankaltaisia vertailutransaktioita on olemassa. Jos riittävän vertailukelpoisia riippumattomien osapuolten transaktioita ei ole ja vertailuhintaa ei siksi ole käytettävissä tai jos muut menetelmät muusta syystä toimivat paremmin, voidaan tukeutua jälleenmyyntihintamenetelmään tai kustannusvoittolisämenetelmään. Voittopohjaiset siirtohinnoittelumenetelmät TNMM ja PSM ovat selkeästi viimesijaisia. Niitä voidaan käyttää vain, mikäli perinteisiä siirtohinnoittelumenetelmiä ei voida käyttää yksin tai

⁴⁷ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisin hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät > Kustannusvoittolisämentelmä.

⁴⁸ TNMM = transactional net margin method.

⁴⁹ PSM = profit split method.

⁵⁰ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisin hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät > Liiketoimivoittomenetelmät.

⁵¹ Karjalainen – Raunio 2007, s. 86.

⁵² OECD 2010, kohta 2.8.

poikkeuksellisissa tilanteissa laisinkaan.⁵³ CUP-menetelmän käyttöä suositellaan jo siitäkin syystä, että se on ainoa menetelmä, jonka kaikki valtiot yleisesti hyväksyvät⁵⁴.

2.2.3 Lopuksi

Veroviranomaisten tulee esittää perusteellinen toiminto- ja vertailuanalyysi tekemänsä siirtohinnoitteluoikaisun tueksi ja perusteluksi. Esimerkiksi tapauksessa KHO 2014:119 Verohallinto ei ollut esittänyt uudelleenluonnehdinnan tueksi tällaista analyysiä riippumattomien osapuolten välisistä toimista⁵⁵. Tällä saattoi osaltaan olla vaikutusta kyseisen uudelleenluonnehdinnan menestymättömyyteen korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

⁵³ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisin hinnan määrittäminen > Hinnanmäärittelymenetelmät > Menetelmien hierarkia.

⁵⁴ Suomessa laki ei sisällä mitään säännöksiä siitä, miten markkinaehtoinen hinta tulisi määritellä, joten periaatteessa mitä tahansa menetelmää voidaan soveltaa, kunhan se perustuu markkinaehtoperiaatteeseen. Sen sijaan jo jälleenmyyntihintamenetelmän ja kustannusvoittolisämenetelmän osalta löytyy maita, jotka eivät hyväksy niiden käyttöä.

⁵⁵ Ks. Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 481.

3 LIIKETOIMIEN UUELLEENLUONNEHDINTAA, TUNNISTAMISTA JA SIVUUTTAMISTA KOSKEVA OIKEUDELLINEN TOIMINTAYMPÄRISTÖ SUOMESSA

3.1 Oikeudellisen muodon kunnioittaminen

Suomen oikeusjärjestelmässä lähtökohtana on, että osapuolten jollekin oikeustoimelle antamaa muotoa lähtökohtaisesti kunnioitetaan. Oikeudellisia muotoja voidaan sivuuttaa vain poikkeuksellisissa tilanteissa. Suomen verojärjestelmän lähtökohta ja keskeinen periaate on niin ikään siviilioikeudellisesti pätevien oikeustoimien ottaminen verotuksen lähtökohdaksi.⁵⁶

Tuloverotuksen yksi keskeinen periaate on subjektiivinen arviointi. Sen mukaan verotuksen perusteeksi otetaan verovelvollisen toimenpiteet sellaisenaan, eikä niiden luonnetta tai tarkoituksenmukaisuutta lähdetä arvioimaan toteutetusta poikkeavalla tavalla. Yksityisoikeudellinen tosiseikasto ja siitä johtuva oikeusvaikutus muodostavat näin verotuksessa yleensä myös vero-oikeudellisen tosiseikaston, jonka pohjalta veroseuraamukset määräytyvät.⁵⁷ Verolainsäädännössä on kuitenkin myös säädöksiä, joissa subjektiivisesta arvioinnista nimenomaisesti poiketaan. Kyseisissä tilanteissa asiaa koskevassa säännöksessä kuvataan sen soveltamisen tunnusmerkistö ja veroseuraamukset määräytyvät säännöksessä ilmenevällä tavalla. Esimerkkinä tästä mainittakoon elinkeinoverolain (laki elinkeinotulon verottamisesta 360/1968, jäljempänä EVL) sulautumista koskeva 52a § ja jakautumista koskeva 52c §⁵⁸. Toinen tilanne, jossa subjektiivisesta arvioinnista poiketaan, on yleisen veronkiertoa koskevan säännöksen, VML 28 §:n soveltaminen. Kyseistä

⁵⁶ Ks. esim. Knuutinen 2015b, s. 1058.

⁵⁷ Penttilä 2015a, s. 127.

⁵⁸ Kyseisiä säännöksiä sovellettaessa tarvittaessa sivuutetaan verovelvollisen yksityisoikeudelliset toimenpiteet (sulautuminen / jakautuminen) ja veroseuraamukset määrätään sen mukaisesti, millaiseksi toimenpide vero-oikeudellisesti luonnehditaan (voidaan mahdollisesti katsoa EVL 51d §:ssä kuvatuksi yhtiön purkamiseksi).

säännöstä sovellettaessa verovelvollisen toteuttamat toimenpiteet sivuutetaan verotuksessa sillä perusteella, että verovelvollinen on ryhtynyt toimenpiteeseen veron kiertämisen tarkoituksessa.⁵⁹

3.2 Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa

Suomen verojärjestelmän yksi tärkeä periaate on myös legaliteetti- eli laillisuusperiaate.⁶⁰ Suomen perustuslakia edeltäneen hallitusmuodon (jäljempänä HM) 61 §:ään lisättiin vuonna 1991 (1077/91) säännös verolain sisällön vähimmäisvaatimuksista. Lakiesityksen perusteluissa katsottiin, että laista tulee yksiselitteisesti ilmetä verovelvollisuuden piiri, että veron suuruus tulee voida määrätä sidottua harkintaa käyttäen lain perusteella, ja että laista tulee ilmetä miten verovelvollinen voi saada oikeusturvaa⁶¹. Kyseiset vähimmäisvaatimukset olivat jo aikaisemmin vakiintuneet lainsäädäntökäytännössä ja perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännössä⁶².

Nykyiseen Suomen perustuslakiin (731/1999) sisältyy HM 61 §:ää vastaava ja täysin samansisältöinen säännös. Perustuslain 81 §:n 1 momentissa säädetään seuraavasti:

”Valtion verosta säädetään lailla, joka sisältää säännökset verovelvollisuuden ja veron suuruuden perusteista sekä verovelvollisen oikeusturvasta.”

Säännöksessä lausutaan selvästi verolain säädöstasovaatimus, jonka mukaan verosta on säädettävä eduskunnan hyväksymällä lailla. Säännöksessä lausutaan myös verolain sisällön vähimmäisvaatimuksiin kuuluvista elementeistä, joihin kuuluu:

- 1) verovelvollisuuden perusteet,
- 2) veron suuruuden perusteet ja
- 3) verovelvollisen oikeusturva.

⁵⁹ Penttilä 2015b, s. 2–3. Ks. myös Knuutinen 2015b, s. 1068. Knuutisen mukaan ”as structured” –periaatteesta voidaan poiketa veron kiertämisen tilanteissa veron kiertämistä koskevaa sääntelyä soveltamalla, säännöksen soveltamisedellytysten täytyessä.

⁶⁰ Legaliteettiperiaatteen vaikutuksesta verolakien tulkintaan ks. esim. Määttä 2014, s. 142–147.

⁶¹ HE 262/1990 s. 54.

⁶² Lehtonen 2014, s.183.

Lain esitöissä⁶³ on myös todettu, että verolaista tulee yksiselitteisesti ilmetä verovelvollisuuden piiri. Lisäksi esitöissä todettiin, että verolain säännösten tulee olla myös sillä tavoin tarkkoja, että lakia soveltavien viranomaisten harkinta veroa määrättäessä on sidottua harkintaa.⁶⁴

Vero-oikeudellinen legaliteettiperiaate tarkoittaa verolakia tulkittaessa muun muassa sitä, että verolain soveltamisessa veron jokaiselle elementille on löydettävä välitön tuki verolain sanamuodosta. Verolakia ei voida soveltaa, jos välitöntä tukea ei löydy verolain säännöksen sanamuodosta.⁶⁵ Legaliteettiperiaate edellyttää myös, että verolain säännökset ovat riittävän yksityiskohtaisia ja selkeitä, ja että veroseuraamukset voidaan niiden perusteella riittävässä määrin ennustaa⁶⁶.

Legaliteettiperiaatteesta huolimatta verotusta koskevat lain säännökset antavat vaihtelevasti tukea ratkaisun perustaksi. Verolaille ratkaisutilanteissa annettavat merkityssisällöt ja tulkintatavat ovatkin lain säännöksen tulkinnan kannalta merkittävässä asemassa. Kari S. Tikan mukaan ratkaisutilanteissa havaittavat mahdolliset ratkaisutilannetyypit voidaan ryhmitellä selviin tapauksiin, tulkintatilanteisiin ja sääntelemättömiin tilanteisiin. Selvät tapaukset sisältävät ne ratkaisut, joissa tosiseikat ja normin tunnusmerkistö vastaavat toisiaan. Tulkintatilanteissa on epäselvää sopivatko normin sisältämät ilmaisut ja termit kyseisen tapauksen tunnusmerkistöön. Sääntelemättömissä tilanteissa verolaki ei sisällä tapaukseen soveltuvaa oikeusohjetta. Eri tulkintatilanteiden välinen raja ei ole selvä, vaan se voidaan nähdä liukuvana.⁶⁷

Legaliteettiperiaate on tärkeä periaate verotuksessa ja siitä on haluttu pitää kiinni⁶⁸. Korkein hallinto-oikeus on antanut legaliteettiperiaattele merkitystä muun muassa päätöksensä KHO 2014:200 perusteluissa⁶⁹. Kyseinen ratkaisu korosti lain sanamuodon merki-

⁶³ HE 1/1998 s. 134.

⁶⁴ Ks. esim. Lehtonen 2014, s. 184 ja Määttä 2013, s. 180.

⁶⁵ Wikström 1993, s. 337.

⁶⁶ Ks. esim. Ojanen 2008, s. 301–302 ja Äimä 2011, s. 104.

⁶⁷ Tikka 1972, s. 56–61.

⁶⁸ Ks. esim. Myrsky 2015, s. 3–4.

⁶⁹ Kyseessä oli tilanne, jossa puoliset olivat 29.4.2009 myyneet itse rakentamansa omakotitalon, jota he olivat ennen luovutusta käyttäneet omana asuntonaan noin kolmen ja puolen vuoden ajan. Aikaisemmin he olivat 29.6.2004 ja 22.11.1999 myyneet itse rakentamansa omakotitalot. Omakotitalot sijaitsivat sa-

tystä verolainsäädännön tulkinnassa. Pelkällä tulkinnalla ei voida asettaa esimerkiksi verovapauksien soveltamisalalle rajoituksia, joita lainsäätäjällä ei ole katsonut tarpeellisiksi.⁷⁰ Uudelleenluonnehdintaa koskevassa ratkaisussa KHO 2014:119 on myös nähtävissä legaliteettiperiaatteen vaikutus verolain tulkintaan. Korkein hallinto-oikeus korosti ratkaisunsa perusteluissa muun muassa sitä, että siirtohinnoitteluohjeilla ei verotuksen lakisidonnaisuuden periaate huomioon ottaen ole VML 31 §:n soveltamisalaa laajentavaa vaikutusta.⁷¹

3.3 Verotusmenettelylain säännökset

3.3.1 Siirtohinnoitteluoikaisun tekeminen verotuksen yhteydessä

Verotusmenettelylain (laki verotusmenettelystä 1558/1995, jäljempänä VML) 31 §:ssä säädetään siirtohinnoitteluoikaisun tekemisestä verotuksen yhteydessä. Säännöksen 1 momentin sanamuoto kuuluu seuraavasti:

”Jos verovelvollisen ja häneen etuyhteydessä olevan osapuolen välisessä liiketoimessa on sovittu ehdoista tai määrätty ehtoja, jotka poikkeavat siitä, mitä toisistaan riippumattomien osapuolten välillä olisi sovittu, ja verovelvollisen elinkeinotoiminnan tai muun toiminnan verotettava tulo on tämän johdosta jäänyt pienemmäksi tai tappio on muodostunut suuremmaksi kuin se muutoin olisi ollut, lisätään tuloon määrä, joka olisi kertynyt ehtojen vastatessa sitä, mitä toisistaan riippumattomien osapuolten välillä olisi sovittu.”

malla asuinalueella. Puolisot eivät olleet työskennelleet rakennusalailla tai osallistuneet rakennusalan elinkeinotoiminnan harjoittamiseen. Pelkästään sillä perusteella, että he olivat luovuttaneet kolmannen itse rakentamansa tai rakennuttamansa omakotitalon käytettyään sitä ennen luovutusta yhtäjaksoisesti yli kahden vuoden ajan omana asuntonaan, toimintaa ei pidetty elinkeinotoimintana. Kun asiassa ei ilmennyt muitakaan perusteita, joiden perusteella toimintaa olisi pidettävä elinkeinotoimintana, oman asunnon luovutuksesta saatuaan voittoa sovellettiin tuloverolain säännöksiä. Luovutusvoitto ei tuloverolain 48.1 §:n 1 kohdan nojalla ollut puolisojen veronalaista tuloa. Aikaisemmin verotus- ja oikeuskäytännössä ns. kirvesmiestapauksissa oman asunnon luovutukset katsottiin elinkeinotoiminnan tuloksi. Kyseisessä ratkaisussa KHO kuitenkin korosti perustuslain vaatimuksia siitä, että verosta tulee säätää lailla.

⁷⁰ Nykänen 2015.

⁷¹ Esittelen tapauksen KHO 2014:119 laajasti kappaleessa 3.4.

Kyseinen säännös on tekstinä lyhyt, muotoilultaan avoin ja tulkinnanvarainen⁷². Siksi käytännössä siirtohinnoitteluasioissa joudutaan lain lisäksi tukeutumaan myös muihin oikeuslähteisiin kuten lain esitöihin ja OECD:n siirtohinnoitteluohjeisiin. Kuten aiemmin todettua, Suomessa verolain sanamuoto on säännöksen tulkinnan lähtökohta⁷³. VML 31.1 §:n sanamuodon mukaan sen soveltaminen voi tulla kyseeseen silloin, kun osapuolten välisissä liiketoimissa sovitut ehdot poikkeavat markkinaehtoperiaatteesta. Säännöksen otsikko (Siirtohinnoittelu-oikaisu) viittaa nimenomaisesti *hinnoittelua* koskeviin oikaisuihin, ja säännöksen sanamuoto nimenomaisesti liiketoimen *ehtoihin* liittyviin oikaisuihin⁷⁴. Tulonoikaisuun voidaan ryhtyä seuraavien kolmen ehdon täyttyessä:

- 1) on kyse toistensa kanssa etuyhteydessä olevien osapuolten välisistä liiketoimista,
- 2) sovitut ehdot poikkeavat markkinaehtoperiaatteesta ja
- 3) kyseisten ehtojen johdosta verovelvollisen tulo on jäänyt pienemmäksi tai tappio on muodostunut suuremmaksi kuin se muuten olisi ollut.⁷⁵

VML 31.1 §:n soveltamisessa on siis kysymys osapuolten välisistä *liiketoimista*. Lain esitöissä⁷⁶ on otettu kantaa liiketoimien käsitteeseen. Hallituksen lakiesityksen mukaan liiketoimilla tässä yhteydessä tarkoitetaan kaikkia elinkeinotoiminnassa tai muussa taloudellisessa toiminnassa suoritettuja liiketaloudellisia toimenpiteitä. Esimerkkinä mainitaan tyypillisten kaupallisten osto- ja myyntitoimien lisäksi myös esimerkiksi kaikki rahoitustoimet, aineettoman omaisuuden luovutukset ja muut vastikkeelliset tai ilman vastasuoritusta tehdyt järjestelyt.

VML 31.1 §:ää voidaan soveltaa tilanteisiin, joissa pystytään osoittamaan, että toisistaan riippumattomat osapuolet olisivat hinnoitelleet keskinäiset liiketoimensa toisin kuin kyseessä olevat etuyhteysosapuolet. Siirtohinnoittelu-oikaisu siis edellyttää, että veroviranomainen pystyy osoittamaan vertailutilanteen, jonka mukaan toisistaan riippumattomat

⁷² Knuutinen 2015b, s. 1060.

⁷³ Ks. esim. Määttä 2014, s. 65 ss.

⁷⁴ Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 475.

⁷⁵ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Siirtohinnoittelu-oikaisu sisäisessä lainsäädännössä > Siirtohinnoittelua koskeva erityisnormi.

⁷⁶ HE 107/2006 s. 20.

osapuolet olisivat toimineet⁷⁷. VML 31.1 §:n soveltaminen ei kuitenkaan edellytä veronvälttämistarkoituksen olemassaoloa. Liiketoimien uudelleenluonnehdinta -tapauksissa vertailutilanteen osoittaminen on varsin hankalaa, usein jopa mahdotonta. Liiketoimien uudelleenluonnehdinnassa ei voi katsoa olevan kyse vain hinnoittelun oikaisusta, vaan siinä koko liiketoimen oikeudellinen muoto sivuutetaan ja luonnehditaan uudelleen. Tältä osin siirtohinnoittelu-oikaisu-säännöksen ei voi katsoa lähtökohtaisesti mahdollistavan liiketoimien uudelleenluonnehdintaa. Oikeuskirjallisuudessa esitettiin selviä kannanottoja VML 31 §:n soveltumattomuudesta liiketoimien uudelleenluonnehdintaan verotuksen yhteydessä jo ennen korkeimman hallinto-oikeuden päätöstä KHO 2014:119, jossa KHO siis ilmaisi, että oikeustoimien uudelleenluonnehdinta ei ole VML 31 §:n nojalla mahdollista⁷⁸. Soveltumattomuutta on perusteltu muun muassa säännöksen sanamuodon mukaisella tulkinnalla ja sillä, että lain esitöissä ei ole mainintaa säännöksen tarkoituksesta uudelleenluonnehdintaan.

Reijo Knuutisen mukaan ratkaisun KHO 2014:119 jälkeen on selvää, että VML 31 §:n soveltamisala on OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa todettua kapeampi. Epäselvää on kuitenkin se, sisältyykö siirtohinnoitteluohjeisiin uudelleenluonnehdinnan lisäksi muita kohtia, jotka eivät ole VML 31 §:n soveltamispiirissä.⁷⁹

VML 31 § ei näyttäisi soveltuvan myöskään liiketoimien tunnistamiseen ja sivuuttamiseen. Anita Isomaa-Myllymäen mukaan liiketoimien tunnistamisessa on kyse osapuolten välisen sopimuksen vertaamisesta osapuolten tosiasialliseen käyttäytymiseen, ei osapuolten välisen sopimuksen vertaamisesta riippumattomien osapuolten käyttäytymiseen⁸⁰. Liiketoimen tunnistaminen on toimi, jossa toteutetun liiketoimen olemassaolo, sisältö ja muoto pyritään määrittämään. Tämä tulee tehdä ennen markkinaehtoperiaatteen ja VML 31 §:n soveltamista.⁸¹ Isomaa-Myllymäen mukaan ”liiketoimen tunnistamisessa ja riskianalyysin suorittamisessa ei ole kyse markkinaehtoisuuden testaamisesta tai ylipäätään markkinaehtoperiaatteen soveltamisesta, vaan *markkinaehtoperiaatteen soveltamiselle*

⁷⁷ Ks. esim. Helminen 2015, s. 2.

⁷⁸ Ks. esim. Helminen 2014, s. 85–96 ja Juusela 2014, s. 55–62 tosin vrt. Isomaa-Myllymäki 2014b, s. 84.

⁷⁹ Knuutinen 2015a, s. 110 ja 121 ja Knuutinen 2015b, s. 1054.

⁸⁰ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 481.

⁸¹ Wittendorff 2015, s. 462.

välttämättömästä esitoimesta”⁸². Tästä syystä veroviranomainen ei voi VML 31 §:n nojalla tunnistaa yrityksen toteuttamaa liiketoimea toiseksi.

Liiketoimen sivuuttamisen rinnastuessa hyvin pitkälle liiketoimen uudelleenluonnehdintaan, ei VML 31 §:n voida ratkaisun KHO 2014:119 jälkeen katsoa mahdollistavan liiketoimen sivuuttamista. VML 31 § oikeuttaa vain osapuolten välisen ja niiden valitseman liiketoimen ehtojen markkinaehtoisuuden tarkastelun. Liiketoimen sivuuttaminen on toimi, jossa etuyhteysosapuolten tekemän ja niiden välisessä sopimuksessa kuvatun liiketoimen sijaan siirtohinnoitteluoikaisun pohjaksi otetaan muu liiketoimi, jonka riippumattomat osapuolet olisivat voineet toteuttaa. Liiketoimen sivuuttamisen tulee perustua VML 28 §:ään ja sivuuttaminen on kansainvälisissä tilanteissa mahdollista vain siinä laajuudessa kuin verosopimus sen sallii.⁸³

3.3.2 Veron kiertäminen

Yrityksillä on lähtökohtaisesti oikeus järjestää liiketoimintansa parhaaksi katsomallaan tavalla. Ainoastaan silloin, jos järjestelyyn liittyy verosta vapautumisen tarkoitus, voidaan edellyttää, että yritys esittää verotuksesta riippumattomia syitä liiketoimelle. Mikäli järjestelyyn liittyy verosta vapautumisen tarkoitus, eikä verovelvollinen kykene esittämään liiketaloudellista syytä järjestelylle, tulee sovellettavaksi verotusmenettelylain 28 §.

VML 28 § on niin sanottu yleinen veronkiertosäännös. Säännöksen ensimmäisessä momentissa säädetään seuraavasti:

”Jos jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta, on verotusta toimitettaessa meneteltävä niin kuin asiassa olisi käytetty oikeaa muotoa. Jos kauppahinta, muu vastike tai suoritusaika on kauppa- tai muussa sopimuksessa määrätty taikka muuhun toimenpiteeseen on ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, voidaan verotettava tulo ja omaisuus arvioida.”

⁸² Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 478.

⁸³ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 480.

Säännöksen toisessa momentissa säädetään todistustaakan jakautumisesta seuraavasti:

”Jos on ilmeistä, että verotusta toimitettaessa olisi meneteltävä 1 momentissa tarkoitettulla tavalla, on verotusta toimitettaessa huolellisesti tutkittava kaikki ne seikat, jotka voivat vaikuttaa asian arvostelemiseen, sekä annettava verovelvolliselle tilaisuus esittää selvitys havaituista seikoista. Mikäli verovelvollinen ei tällöin esitä selvitystä siitä, että olosuhteelle tai toimenpiteelle annettu oikeudellinen muoto vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta taikka ettei toimenpiteeseen ole ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, verotusta toimitettaessa on meneteltävä 1 momentissa tarkoitettulla tavalla.”

Kyseinen säännös on varsin avoin ja säännöksen soveltamistilanteet usein hyvin yksilöllisiä. Kari S. Tikan mukaan oikeuskäytännön perusteella voidaan kuitenkin luokitella neljä tyyppitilannetta, joissa VML 28 § soveltaminen tulee kyseeseen: 1) oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön ristiriitatilanteet, 2) sarjatoimet, 3) intressinpuutetilanteet ja 4) tavallisuudesta poikkeava hinnoittelu etuyhteystilanteissa⁸⁴. Voidaan katsoa, että liiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen tulee kyseeseen juuri edellä mainitun jaottelun ensimmäisessä tilanteessa, eli kun oikeudellinen muoto ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta. VML 28 §:n soveltaminen näihin tilanteisiin edellyttää kuitenkin myös veronkiertotarkoitusta eli sitä, että järjestelyyn on ilmeisesti ryhdytty siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin sekä sitä, että yritys ei kykene esittämään liiketaloudellisia syitä toimelle.

VML 28 §:n soveltumisesta kansainvälisiin tilanteisiin on toistaiseksi vielä varsin vähän oikeuskäytäntöä⁸⁵. Tästä syystä ei ole täysin selvää, millaisissa kansainvälisissä järjestelyissä säännöksen soveltumiskynnys ylittyy. Lähtökohtaisesti sen voidaan kuitenkin katsoa kattavan myös kansainväliset tilanteet ja mahdollistavan liiketoimien uudelleenluonnehdinnan, tunnistamisen ja sivuuttamisen kansainvälisissä tilanteissa, joissa oikeudellinen muoto ei vastaa asian varsinaista luonnetta ja tarkoitusta ja tapaukseen liittyy veron välttämisen tarkoitus.

⁸⁴ Tikka 1972, s. 229–232.

⁸⁵ Helminen 2015, s. 3. Tosin ks. esim. KHO 27.12.1999 T 4219.

Anita Isomaa-Myllymäen mukaan, mikäli liiketoimen tunnistamisen perusteella katsotaan, että etuyhteysliiketoimelle annetusta yksityisoikeudellisesta muodosta on syytä poiketa, tulee tämän perustua joko verolain normaalitulkintaan tai VML 28 §:ään. Ratkaisun KHO 2014:119 perusteella siihen, että verolain normaalitulkinta voisi mahdollistaa etuyhteysliiketoimelle annetusta oikeudellisesta muodosta poikkeamisen, tulee suhtautua varauksellisesti. Isomaa-Myllymäen mukaan voidaankin katsoa, että sekä liiketoimen tunnistaminen, uudelleenluonnehdinta että sivuuttaminen voivat kaikki perustua Suomessa lähtökohtaisesti vain VML 28 §:n soveltamiseen.⁸⁶

3.4 Oikeuskäytäntöä: tapaus KHO 2014:119

3.4.1 Tapauksen tosiseikat

Kyseessä oli tilanne, jossa suomalainen A Oy oli saanut pääomistajaltaan luxemburgilaiselta yhtiöltä B Oy 15 miljoonan euron suuruisen lainan. Lainan myöntäminen perustui A Oy:tä rahoittaneiden pankkien vaatimukseen lisärahoituksesta, jonka tuli olla maksusaantijärjestyksessä toissijainen pankkilainoihin nähden ja luonteeltaan IFRS-hybridilaina⁸⁷. Laina oli vakuudeton ja eräpäivätön. Lainan kiinteä vuosittainen korko oli 30 prosenttia ja korko lisättiin lainan pääomaan. Laina voitiin maksaa takaisin vain A Oy:n vaatimuksesta. A Oy oli ilmoittanut verovuoden 2009 elinkeinotoiminnan tulosta vähennettäväksi 1 337 500 euroa B:n myöntämälle lainalle kertyneitä korkoja.

Nykyisin oman ja vieraan pääoman välinen ero ei ole läheskään kaikissa tilanteissa selvä. Koska osinkoa ja korkoa käsitellään verotuksessa eri tavalla, on yrityksen saama rahoitus kuitenkin jaoteltava omaan ja vieraaseen pääomaan. Hybridilaina on lähtökohtaisesti verotuksessa vierasta pääomaa ja sille maksetut korot yleensä vähennyskelpoisia.⁸⁸

⁸⁶ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 481–482.

⁸⁷ IFRS-hybridilainaa käsitellään IFRS-tilinpäätöksessä omana pääomana.

⁸⁸ Penttilä 2015a, s. 129. Hybridilainoista ks. myös esim. Knuutinen 2015a, s. 112–117.

3.4.2 Asian käsittely Verohallinnossa

Konserniverokeskus toimitti A Oy:n verotuksen verovuodelta 2009. Konserniverokeskus poikkesi säännönmukaisessa verotuksessa A Oy:n antamasta veroilmoituksesta siten, että yhtiön elinkeinotoiminnan tuloon lisättiin yhtiön luxemburgilaiselle pääomistajalle B Oy:lle maksettavaksi kertyneiden suoritusten määrä 1 337 500 euroa. Konserniverokeskus perusteli tätä muun muassa sillä, että kun otettiin kokonaisuutena huomioon rahoitusjärjestely, yhtiön taloudelliset olosuhteet ja lainan eräpäivättömyys, takasijaisuus, vakuudettomuus ja lainan takaisinmaksulle asetetut ehdot, oli katsottava, ettei riippumattomien osapuolten välisessä velkasuhteessa sovittaisi vastaavista lainaehdoista. Konserniverokeskus piti lainaa markkinaehtoperiaatteen mukaisesti todelliselta luonteeltaan oman pääoman ehtoisena sijoituksena, jolle maksettava korko ei ole maksajalle verotuksessa vähennyskelpoinen. Koska lainan oli antanut yhtiön lähes kokonaan omistava taho, ei lainalle ollut tarvetta asettaa erityisiä osakasoikeuksia.

A Oy haki konserniverokeskuksen päätökseen oikaisua verotuksen oikaisulautakunnalta. Oikaisulautakunta hylkäsi oikaisuvaatimuksen lainan korkojen vähennyskelpoisuudesta. Oikaisulautakunnan mukaan kyseinen etuyhteyslaina oli VML 31.1 §:n ja Suomen ja Luxemburgin välisen verosopimuksen 9 artiklan nojalla ja kokonaisarvioinnin perusteella markkinaehtoperiaatteen mukaisesti tosiasialliselta luonteeltaan oman pääoman ehtoinen sijoitus, jolle maksettava korvaus ei ole maksajalle verotuksessa vähennyskelpoinen. A Oy valitti oikaisulautakunnan päätöksestä hallinto-oikeuteen.

3.4.3 Hallinto-oikeuden ratkaisu

Hallinto-oikeus kumosi toimitetun verotuksen valituksenalaiselta osin ja palautti asian lainan markkinaehtoisuuden selvittämistä varten konserniverokeskukselle uudelleen käsiteltäväksi. Helsingin hallinto-oikeus katsoi päätöksessään⁸⁹, että kyseisissä olosuhteissa lainan oikeudellisen muodon sivuuttaminen ei ollut mahdollista VML 31.1 §:n perusteella. Hallinto-oikeus perusteli päätöstään muun muassa sillä, että oikeustoimen oikeu-

⁸⁹ Helsingin hallinto-oikeus 29.5.2013 nro 13/0844/4.

dellisen muodon sivuuttamiseen siirtohinnoitteluoikaisuna ilman VML 28 §:n soveltamista on suhtauduttava varauksellisesti. Hallinto-oikeus ei siten ottanut ehdotonta kantaa siihen, voidaanko VML 31.1 §:n nojalla ylipäätään tehdä uudelleenluonnehdintoja. Asiaa ratkaistaessa äänestettiin. Vähemmistöön jääneen tuomarin mielestä kyseessä oli tosiasialliselta luonteeltaan oman pääoman ehtoinen erä, ja että laina voitiin katsoa oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi VML 31.1 §:n nojalla.

3.4.4 Käsittely korkeimmassa hallinto-oikeudessa

Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö haki hallinto-oikeuden päätökseen valituslupaa korkeimmalta hallinto-oikeudelta. Valituslupa myönnettiin ja korkein hallinto-oikeus tutki asian.

Korkein hallinto-oikeus totesi, että kyseisissä olosuhteissa konsernin sisäinen laina oli katsottava verotuksellisesta luonteeltaan vieraan pääoman ehtoiseksi eräksi. KHO katsoi myös, että VML 31.1 §:n nojalla ei ole mahdollista sivuuttaa osapuolten sopimaa liiketoimea ja luonnehtia sitä uudelleen. KHO katsoi, että liiketoimen uudelleenluonnehdinta olisi vaatinut verotusmenettelylaista nimenomaisen valtuutuksen uudelleenluonnehdintaan, mitä VML 31.1 § ei sellaisenaan anna. KHO:n mukaan VML 31.1 § ei sen sanamuodon eikä sitä koskevien hallituksen esityksen perustelujen mukaan voida selvästi katsoa oikeuttavan liiketoimen luonnehdintaan toiseksi liiketoimeksi. Tämän vuoksi kyseisen hybridilainan luonnehdinta verotuksessa oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi ei ollut VML 31 §:n nojalla mahdollista. Kyseisen lainan korot katsottiin vähennyskelpoiksi ja laina vieraaksi pääomaksi.

Korkein hallinto-oikeus siis selvästi ilmaisi, että VML 31.1 § ei antanut verohallinnolle valtuutusta suorittaa liiketoimien uudelleenluonnehdintoja. Legaliteettiperiaatteen lisäksi KHO painotti arvioinnissaan reaalisia argumentteja. Ratkaisussa on todettu mm. seuraavasti:

”Arvioitaessa sitä, voidaanko verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n 1 momentin nojalla osapuolten sopima liiketoimi sivuuttaa ja luonnehtia verotuksessa muuksi liiketoimeksi, kuten nyt kysymyksessä olevassa tapauksessa

vieraan pääoman ehtoisesta lainasta oman pääoman sijoitukseksi, on huomattava, että mainittu uudelleenluonnehdinta merkitsee pelkkään hinnoittelun oikaisuun verrattuna merkittävää jälkikäteistä puuttumista siihen, minkälaisilla liiketoimilla osapuolet ovat sopimusvapauden puitteissa järjestäneet keskinäiset suhteensa. Sovitun liiketoimen sivuuttaminen ja luonnehdinta muuksi liiketoimeksi kuin mikä on toteutettu, aiheuttaa usein, kuten nyt kyseessä olevassa tapauksessa, menon vähennyskelpoisuuden epäämisen kokonaisuudessaan. Sen sijaan sovitun ja toteutetun liiketoimen ehtojen markkinaehtoisuuden tarkastelu merkitsee vain sen arvioimista, onko verovelvollinen lisännyt tulonsa riittävän määrän tai käsitellyt vähennyskelpoisena menona vain markkinaehtoperiaatteella hyväksyttävän määrän.”

KHO:n mukaan Suomen ja Luxemburgin välisen verosopimuksen 9 artiklan määräyksillä sekä OECD:n malliverosopimuksen kommentaarilla ei ollut merkitystä, koska verosopimuksella ei voida perustaa verotusvaltaa yli kansallisten säännösten. OECD:n siirtohinnoitteluohjeilla ei myöskään ollut kyseisessä ratkaisussa merkitystä, koska ohjeilla on katsottava olevan tulkintaa ohjaava vaikutus vain VML 31.1 §:n soveltamisalalla, jonka ei siis katsottu kattavan uudelleenluonnehdintoja.

Asia palautettiin konserniverokeskuksen käsittelyyn markkinaehtoisen koron määrittämiseksi. Verohallinto tiedotti samana päivänä eli 3.7.2014, että heillä tutkinnassa olleet VML 31.1 §:ään perustuvat uudelleenluonnehdinta tapaukset raukeavat⁹⁰.

3.4.5 Tapauksen kommentointia

Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen näkemysten mukaan korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu ei ollut kovin yllättävä⁹¹. Ottaen huomioon VML 31.1 §:n sanamuoto, sen aikaisempi soveltaminen oikeuskäytännössä ja säännöksen lainvalmisteluaineisto sekä erityisesti se, mikä merkitys verotuksessa yleensäkin on yksityisoikeudellisilla tosiseikoilla, oli KHO:n päätös jokseenkin odotettavissa.⁹² Kuten aiemmin mainitsin, muuan muassa Marjaana Helminen ilmaisi näkemyksensä VML 31.1 §:n soveltumattomuudesta liiketoimien uudelleenluonnehdinnassa jo ennen KHO:n päätöstä⁹³.

⁹⁰ Verohallinto 2014.

⁹¹ Ks. esim. Juusela 2014, s. 55–62 ja Lehtonen 2014, s. 183–194.

⁹² Penttilä 2015a, s. 131.

⁹³ Helminen 2014, s. 85–96. Samoin esim. Juusela 2014 ja Lehtonen 2014.

Toisenlaisiakin näkemyksiä on toki esitetty. Esimerkiksi Sami Laaksosen mukaan uudelleenluonnehdinta olisi ollut mahdollista VML 31.1 §:n perusteella⁹⁴. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa toimitettiin äänestys koskien nimenomaan sitä, voidaanko VML 31.1 §:ää soveltaa liiketoimien uudelleenluonnehdintaan. Äänestyksen lopputulos oli tiukka (3-2). Vähemmistöön jääneet hallintoneuvokset⁹⁵ totesivat, että vaikka säännöksen sanamuodossa esiintyvät ”ehdot” viittaavat yleensä hinnoittelupoikkeamiin, voi joissakin tilanteissa olla perusteltua arvioida, että riippumattomat osapuolet olisivat päätyneet muunlaisiin ratkaisuihin myös muiden sopimusehtojen kuin hinnan osalta. Käytettyjen sopimusehtojen korvaaminen tällaisissa tilanteissa sopimusehdoilla, joista riippumattomien osapuolten olisi arvioitu sopineen, voi tällöin johtaa myös toimenpiteen verotuksellisen luonnehdinnan muuttumiseen. Vähemmistö siis katsoi, että VML 31.1 § voisi sinällään soveltaa liiketoimien uudelleenluonnehdintaan, vaikka sen edellytykset eivät käsiteltävänä olleessa tapauksessa täyttyneetkään. Myös heidän mukaansa kynnys tällaiseen olisi kuitenkin pidettävä korkeana.

Anita Isomaa-Myllymäen mukaan kysymykseen VML 31.1 §:n soveltamisalasta liittyi aitoa tulkinnallista epäselvyyttä⁹⁶. Konserniverokeskus ei esittänyt kyseisessä tapauksessa perusteellisia toiminto- ja vertailuanalyysyjä, jotka olisivat oikeuttaneet siirtohinnoitteluoikaisun tekemiseen. Isomaa-Myllymäki on sittemmin todennut, että hänen mielestään ratkaisun KHO 2014:119 tapauksessa ei ollut kyseessä uudelleenluonnehdinta, vaan VML 28 §:n soveltamisalaan kuuluva muodon ja sisällön välinen arviointi. Hänen mukaansa tapauksen oikeudellinen arviointi oli tehty VML 31 § nojalla siirtohinnoitteluoikeuksia tulkintalähteenä käyttäen, mutta arvioinnissa ei kuitenkaan täytetty VML 31 §:n soveltamisedellytyksiä tai osoitettu VML 28 §: soveltamisedellytysten täyttyneen.⁹⁷

Olisiko KHO:n ratkaisu ollut toinen, mikäli konserniverokeskus olisi vedonnut VML 28 §:ään VML 31 §:n sijaan? Tuskin. Korkein hallinto-oikeus ensinnäkin totesi, että kysei-

⁹⁴ Laaksonen 2014, s. 170.

⁹⁵ Hallintoneuvos Timo Viherkentän äänestyslausunto, johon hallintoneuvos Eila Rother yhtyi.

⁹⁶ Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 481.

⁹⁷ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 482.

sen lainan todellinen luonne oli vieraan pääoman ehtoinen rahoitus. Tapauksesta ei myöskään käy ilmi, että kyseessä olisi verosta vapautumisen tarkoitus tai, että lainan antamiselle ei olisi verotuksesta riippumattomia liiketaloudellisia syitä.

Sittemmin yhteisöjen ja avoimien yhtiöiden sekä kommandiittiyhtiöiden suorittamien korkomenojen vähennysoikeutta elinkeinotoiminnan tulolähteestä on rajoitettu EVL 18 a §:n säännöksellä. Säännös astui voimaan 1.1.2013 ja sitä sovellettiin ensimmäisen kerran vuodelta 2014 toimitettavassa verotuksessa. EVL 18 a §:n mukaan korkomenot saadaan vähentää täysimääräisesti korkotulojen määrää vastaavalta osin. Jos nettokorkomenot, joilla tarkoitetaan korkotuloja ylittäviä korkomenoja, ovat verovuonna enintään 500 000 euroa, ne voidaan vähentää kokonaan. Nettokorkomenojen ylittäessä 500 000 euroa nettokorkomenot voidaan vähentää siltä osin kun ne ovat enintään 25% pykälässä sädetystä oikaistusta elinkeinotoiminnan tuloksesta. Etuyhteisyritysten välisten lainojen korkojen vähennysoikeutta on siis nykyään rajoitettu.

4 OECD:N SÄÄNTELY

4.1 Malliverosopimus ja siirtohinnoitteluohjeet

4.1.1 Malliverosopimuksen ja siirtohinnoitteluohjeiden merkitys oikeuslähteenä siirtohinnoitteluasioissa

Oikeuslähdeoppi määrittelee ne lähteet, joiden perusteella oikeudellinen tulkintakannanotto muodostetaan⁹⁸. Perinteisen pohjoismaisen oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähteet jaetaan velvoittavuutensa mukaan vahvasti velvoittaviin (laki, maan tapa), heikosti velvoittaviin (lainsäätäjän tarkoitus, tuomioistuinratkaisut) ja sallittuihin (oikeuskirjallisuus, reaaliset argumentit, oikeusperiaatteet) oikeuslähteisiin⁹⁹. Oikeuslähdeopillisesti OECD:n siirtohinnoitteluohjeet voidaan nähdä kuuluvan joko heikosti velvoittaviin tai sallittuihin oikeuslähteisiin riippuen siitä, katsotaanko niiden olevan osa lain säätäjän tahtoa sillä perusteella, että niihin on viitattu usein hallituksen esityksen perusteluissa¹⁰⁰. Reijo Knuutisen mukaan siirtohinnoitteluohjeiden oikeuslähdeopillinen asema on saatettu Suomessa perinteisesti kyseenalaistaa oikeusteoreettisella tasolla, mutta käytännön tasolla ei juurikaan¹⁰¹.

⁹⁸ Oikeuslähteistä ks. esim. Aarnio 1898, s. 218 ss. ja Määttä 2014, s. 8 ss.

⁹⁹ Ks. esim. Määttä 2014, s. 13–22. Perinteistä oikeuslähdeoppia on pyritty myös päivittämään ja ottamaan huomioon muun muassa EU-oikeudelliset oikeuslähteet. Esimerkiksi Seppo Laakson mukaan vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin kuuluu a) kansallisen oikeuden ulkopuoliset normistot: Eurooppaoikeuden sitovat osat, Euroopan ihmisoikeussopimuksen normit, EU-tuomioistuimen tietyt prejudikaatit, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tietyt prejudikaatit; b) kansallisen oikeuden normistot: perustuslaki, laki ja lakien nojalla annetut alemmanasteiset normit, kansallisen oikeuden osaksi saatetut kansainväliset sopimukset, systeemiperusteet; c) maan tapa. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä ovat Laakson mukaan lain säätäjän tarkoitus ja ennakkoratkaisut. Sallittuja oikeuslähteitä taas ovat käytännölliset argumentit, eettiset ja moraaliset perusteet, yleiset oikeusperiaatteet, oikeustiede ja vertailevat argumentit. Laakso 2012, s. 261–262.

¹⁰⁰ Ks. esim. Haapaniemi 2013, s. 31.

¹⁰¹ Knuutinen 2015a, s. 118.

Siirtohinnoitteluohjeita ei ole kirjoitettu normin muotoon, eikä niitä ole erikseen voimaansaatettu Suomessa. OECD:n ohjeistukset eivät juridisesti sido OECD:n jäsenvaltioita¹⁰². Siirtohinnoitteluohjeiden merkitys oikeuslähteenä siirtohinnoitteluasioissa on kuitenkin kiistaton. Ohjeisiin on sitouduttu maailmanlaajuisesti ja niillä on pitkälti kansainvälisen standardina asema¹⁰³. Siirtohinnoitteluohjeiden merkitys perustuu OECD:n neuvoston suositukseen siitä, että OECD:n jäsenvaltioiden veroviranomaisten tulisi käyttää malliverosopimuksen kommentaaria verosopimuksen tulkinnassa silloin, kun kyseinen verosopimus perustuu malliverosopimukseen¹⁰⁴. Siirtohinnoitteluohjeet muodostat elimellisen osan OECD:n 9.1 artiklan kommentaarista.¹⁰⁵

Siirtohinnoitteluohjeiden merkitystä oikeuslähteenä Suomessa on korostettu jo vuonna 1995 julkaistussa työryhmämuistiossa, jonka mukaan OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden muodostumista tärkeäksi oikeuslähteeksi on tärkeää edistää¹⁰⁶. Suomessa markkinaehtoperiaatteen tulkinnassa tukeudutaankin pitkälti OECD:n ohjeistuksiin myös sisäistä lainsäädäntöä sovellettaessa. Se on mahdollista, koska VML 31 § vastaa pitkälti OECD:n malliverosopimuksen 9.1 artiklaa. OECD:n ohjeistuksien noudattaminen on perusteltua erityisesti kansainvälisen moninkertaisen verotuksen uhan minimoimiseksi.¹⁰⁷

OECD:n malliverosopimuksen ja sen kommentaarin merkitys verosopimusten tulkintalähteenä Suomessa on merkittävä. Lähes kaikki Suomen solmimat tuloverosopimukset pohjautuvat pitkälti OECD:n malliverosopimukseen ja ovat siksi keskenään hyvin samantaisia, yksityiskohtia lukuun ottamatta¹⁰⁸. Suomen solmimiin verosopimukseen sisältyy OECD:n malliverosopimuksen 9.1 artiklan mukainen tulonoikaisuartikla, jonka nojalla sopimusvaltiot ovat verosopimustilanteissakin oikeutettuja ryhtymään etuyhteysyritysten tulon oikaisuun. Käytännössä Suomen solmimien verosopimusten ja Suomen sisäisen lainsäädännön tulonoikaisuun oikeuttavat normit ovat varsin samansisältöisiä.

¹⁰² Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen > Tulkinta-apuvälineet > OECD:n ohjeet.

¹⁰³ HE 107/2006 s. 3–5.

¹⁰⁴ OECD:n neuvosto 1997.

¹⁰⁵ OECD:n tulkinta-aineiston oikeudellisesta asemasta ks. esim. Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 73 ss.

¹⁰⁶ Valtiovarainministeriö 1995, s. 54.

¹⁰⁷ Helminen 2016, luku 8 > Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä > Siirtohinnoittelu > Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen > Tulkinta-apuvälineet > OECD:n ohjeet.

¹⁰⁸ Helminen 2016, > luku 3 > Kansainvälisen vero-oikeuden perusteet > Kansainvälisen vero-oikeuden käsite ja normit > Verosopimusoikeus.

OECD:n ohjeistuksen merkittävydestä huolimatta on kuitenkin selvää, että Suomen verotuksessa ei voida OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden eikä edes voimassa olevan verosopimuksen artiklojen perusteella ryhtyä verotustoimenpiteisiin, jos Suomen sisäinen lainsäädäntö ei sitä salli¹⁰⁹. Siirtohinnoittelua koskevan verotuspäätöksen tulee perustua kansallisen säännöksen soveltamiseen, eikä esimerkiksi OECD:n ohjeisiin tai malliverosopimuksen kommentaariin¹¹⁰. Myös korkein hallinto-oikeus ilmaisi ratkaisussaan KHO 2014:119, että kyseisessä tapauksessa verosopimuksella ei ollut merkitystä, koska verosopimuksella ei voida perustaa verotusvaltaa yli kansallisten säännösten¹¹¹. OECD:n siirtohinnoitteluohjeilla ei myöskään ollut kyseisessä ratkaisussa merkitystä, koska siirtohinnoitteluohjeilla on katsottava olevan tulkintaa ohjaava vaikutus vain VML 31 §:n soveltamisalalla, jonka ei siis katsottu kattavan uudelleenluonnehdintoja. OECD:n malliverosopimuksen kommentaarilla ja siirtohinnoitteluohjeilla on kuitenkin merkittävä asema tulkintalähteenä VML 31 §:n soveltamisalueen sisällä. Myös korkein hallinto-oikeus on korostanut siirtohinnoitteluohjeiden asemaa merkittävänä tulkintalähteenä siirtohinnoitteluasioissa esimerkiksi ratkaisussaan KHO 2013:36.¹¹²

4.1.2 OECD:n sääntelyn muutokset ja niiden taannehtiva soveltaminen

OECD:n siirtohinnoitteluohjeita, malliverosopimusta ja sen kommentaaria päivitetään jatkuvasti. Käytännön soveltamistilanteissa joudutaan pohtimaan, voidaanko päivitettyjä ohjeistuksia hyödyntää ennen päivitystä solmittujen verosopimusten artiklojen tulkinassa, vai edellyttääkö päivitetyn ohjeistuksen käyttäminen esimerkiksi sovellettavan verosopimuksen muuttamista.¹¹³

¹⁰⁹ Penttilä 2014, kohta 3.

¹¹⁰ Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 477.

¹¹¹ Kyseessä on verosopimusoikeuden ns. kultainen sääntö, jonka mukaan verosopimukset rajoittavat tai supistavat Suomen sisäiseen lainsäädäntöön perustuvaa verotusta, mutta eivät laajenna sitä. Ks. esim. Helminen 2016, luku 3 > Kansainvälisen vero-oikeuden perusteet > Kansainvälisen vero-oikeuden käsite ja normit > Verosopimusten, EU-vero-oikeuden ja sisäisen lainsäädännön suhde > Verosopimusten ja sisäisen lainsäädännön suhde > Verosopimusoikeuden kultainen sääntö.

¹¹² Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 477.

¹¹³ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 77.

Staattisen tulkintatavan mukaan verosopimuksen tulkinnassa tulisi nojautua malliverosopimuksen ja sen kommentaarin siihen muotoon, joka oli voimassa, kun kyseinen verosopimus allekirjoitettiin. *Dynaamisen* tulkintatavan mukaan verosopimusta tulisi sen sijaan tulkita aina ohjeistusten viimeisimmän päivityksen mukaisesti.¹¹⁴

OECD:n näkemyksen mukaan malliverosopimuksen artiklojen ja kommentaarin tosiasialliset muutokset¹¹⁵ eivät ole relevantteja ennen muutoksia solmittujen sopimusten tulkinnassa. Sen sijaan *muut* lisäykset ja muutokset ovat relevantteja myös ennen niitä solmittujen sopimusten tulkinnassa, koska ne heijastavat OECD:n jäsenmaiden yhteisymmärrystä olemassa olevien säännösten tulkinnasta ja soveltamisesta.¹¹⁶

OECD suosittelee, että verosopimuksia tulkitaan mahdollisimman pitkälle malliverosopimuksen uusimman kommentaarin mukaisesti. Jos kommentaarin muutokset vain selvittävät kommentaarin aikaisempia versioita, ei ole poissuljettua, että kommentaarin uudempia versioita käytetään ennen niiden julkaisuakin solmittujen verosopimusten tulkinnassa.¹¹⁷

OECD:n kanta näyttäisi siis mahdollistavan dynaamisen tulkintatavan. Tähän on suhtauduttu osittain kriittisesti. Kritiikki on ymmärrettävää, sillä kommentaarin myöhemmillä versioilla ei voi olla samanlaista osapuolten tarkoitukseen sopimusta solmittaessa perustuvaa merkitystä. Kommentaarin ja malliverosopimuksen yhä tiheämpään tahtiin tapahtuvat päivitykset vähentävät niiden tulkinnallista merkitystä, koska yhä useammin syntyy epäselvyyttä siitä, mihin kommentaarin versioon tietty sopimus perustuu.¹¹⁸ Voidaan katsoa, että verosopimuksen solmimisen jälkeen päivitetty kommentaari voi toimia tulkintapuna lähinnä silloin, kun staattinen tulkinta ei johda ratkaisuun, ratkaisu olisi epäuskottava, tai jos ratkaisun lopputulos olisi absurdi. Kommentaarin myöhemmiltä versioilta puuttuu myös demokraattinen legitimitetti.¹¹⁹

¹¹⁴ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 77.

¹¹⁵ ”Different in substance”.

¹¹⁶ OECD 2014a, johdanto, kohta 35.

¹¹⁷ OECD 2014a, johdanto, kohta 33.

¹¹⁸ Lang – Brugger 2008, s. 106–108.

¹¹⁹ Wattel – Marres 2003, s. 227–228 ja s. 234.

Kommentaarin muutosten lisäksi myös siirtohinnoitteluohteiden päivitykset voivat tulla sovellettavaksi ennen niiden voimaantuloa solmittujen verosopimusten tulkinnassa. Myös päivitettyjä siirtohinnoitteluohteita voidaan kuitenkin soveltaa taannehtivasti vain siltä osin kun ne ainoastaan selventävät OECD:n 9 artiklan tarkoitusta, käyttöä ja tulkintaa.¹²⁰ Milloin jokin siirtohinnoitteluohteisiin tehty muutos sitten selventää OECD:n 9 artiklan tarkoitusta? Entä milloin kyse on muutoksesta 9 artiklan tarkoitukseen, käyttöön ja tulkintaan? Tähän ei ole yksiselitteistä vastausta. OECD:n oman kannan mukaan esimerkiksi siirtohinnoitteluohteiden tuorein päivitys vuodelta 2015 selkeyttää jo aikaisemmin siirtohinnoitteluohteissa esitettyjä tulkintoja markkinaehtoperiaatteesta, eikä muuta niitä. Tästä syystä vuonna 2015 uudistuneita siirtohinnoitteluohteita voidaan OECD:n näkemyksen mukaan soveltaa myös ennen niiden antamista tehtyjen liiketoimien arviointiin.¹²¹

Käytännössä ratkaisun OECD:n malliverosopimuksen kommentaarin tai siirtohinnoitteluohteiden päivitettyjen versioiden taannehtivasta soveltamisesta tekee kansallinen tuomioistuin. Suomessa korkein hallinto-oikeus on suhtautunut myönteisesti malliverosopimuksen kommentaarin myöhempien versioiden hyödyntämiseen ennen niiden laadintaa solmittujen verosopimusten tulkinnassa. Vuosikirjaratkaisussa KHO 2013:93 korkein hallinto-oikeus viittasi vuonna 2006 päivitettyyn malliverosopimuksen kommentaariin, vaikka tapauksessa sovellettavat verosopimukset oli allekirjoitettu jo kauan ennen kyseistä lisäystä¹²². Malliverosopimuksen kommentaariin tehtyä lisäystä pidettiin kyseisessä tapauksessa vain selventävänä lisäyksenä, eikä varsinaisena muutoksena¹²³.

¹²⁰ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 79.

¹²¹ OECD 2015a, kohta 57.

¹²² Korkein hallinto-oikeus totesi, että työsuhdeoptioista saadun tulon ei tulisi katsoa liittyvän ansainta-ajan päättymisen jälkeiseen työskentelyyn. Työsuhdeoptioetu katsotaan siten ansaituksi option saamisen ja ansainta-ajan päättymishetken välisenä aikana. Kyseinen lisäys tehtiin OECD:n malliverosopimuksen kommentaariin vuonna 2006. Sovellettavat verosopimukset oli allekirjoitettu 1981 (Suomen ja Italian välinen verosopimus) ja 1970 (Suomen ja Ranskan välinen verosopimus).

¹²³ Esimerkiksi Marjaana Helminen on kyseenalaistanut korkeimman hallinto-oikeuden linjan kyseisessä ratkaisussa. Hänen mukaansa kommentaarin työsuhdeoptioita koskeva lisäys ei ollut pelkästään selventävä, vaan sillä tosiasiaa täytettiin verosopimuksen aukko, mikä edellyttäisi varsinaisen verosopimuksen täydentämistä. Helminen piti korkeimman hallinto-oikeuden tulkintaa hieman kyseenalaisena myös legaaliteettiperiaatteen näkökulmasta. Helminen 2014b, s. 23–24.

Korkein hallinto-oikeus on ottanut vastaavan kannan myös siirtohinnoitteluohjeiden taan-
nehtivaan soveltamiseen. Vuosikirjaratkaisussa KHO 2013:36 korkein hallinto-oikeus to-
tesi, että kyseisessä tapauksessa voitiin soveltaa OECD:n siirtohinnoitteluohjeisiin
vuonna 2010 lisättyä yritystoiminnan uudelleenjärjestelyjä koskevaa kohtaa, vaikka rat-
kaistava asia koski verovuosia 2004 ja 2005. Korkeimman hallinto-oikeuden näkemyksen
mukaan vuonna 2010 siirtohinnoitteluohjeisiin lisätty 9 luku ei sisältänyt perustavanlaa-
tuisia uusia tulkintasuosituksia suhteessa jo aiemmin voimassa olleeseen 1 lukuun.¹²⁴

Suomessa Verohallinto on ottanut myös uusiin vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeisiin
kannan, jonka mukaan niitä voidaan käyttää tulkinnassa takautuvasti. Verohallinnon nä-
kemyksen mukaan siirtohinnoitteluohjeisiin tehdyt lisäykset eivät sisällä perustavanlaa-
tuisia uusia tulkintasuosituksia suhteessa jo aiemmin voimassa olleeseen ensimmäiseen
lukuun.¹²⁵ Verohallinto suosii siis dynaamista tulkintatapaa.

4.1.3 Malliverosopimuksen ja vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kannan- otot uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen

Suomen solmimiin verosopimukseen sisältyy etuyhteydessä keskenään olevia yrityksiä
koskeva niin sanottu tulonoikaisuartikla, joka pohjautuu OECD:n malliverosopimuksen
9 artiklaan. Kyseinen artikla sisältää markkinaehtoperiaatteen. Artiklan 1 kohdan mu-
kaan, mikäli etuyhteydessä keskenään olevien yritysten välillä sovitaan kauppa- tai rahoi-
tussuhteissa ehdoista tai määrätään ehtoja, jotka poikkeavat siitä, mistä riippumattomien
yritysten välillä olisi sovittu, voidaan kaikki tulo, joka ilman näitä ehtoja olisi kertynyt
toiselle näistä yrityksistä, mutta näiden ehtojen vuoksi ei ole sille kertynyt, lukea tämän
yrityksen tuloon ja verottaa siitä tämän mukaisesti. Siinä siis säädetään siirtohinnoittelu-
oikaisun tekemisestä. Artiklan 2 kohta koskee vastaoikaisua, joka on tehtävä, jotta toi-
sessa valtiossa suoritetusta verotettavan tulon korottamisesta syntynyt kansainvälinen
kahdenkertainen verotus saataisiin poistetuksi. Kaikissa Suomen tekemissä verosopimuk-

¹²⁴ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 80.

¹²⁵ Verohallinto 2015.

sisä ei ole artiklan 2 kohdassa olevaa määräystä. 9 artiklan laajasta sanamuodosta ei selviä, mitkä siirtohinnoitteluoikaisun edellytykset, seuraukset ja oikaisussa käytettävät menetelmät ovat¹²⁶.

OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa selvennetään malliverosopimuksen 9 artiklassa tarkoitettua markkinaehtoperiaatetta. Malliverosopimuksen kommentaarin mukaan siirtohinnoitteluohjeet ilmaisevat kansainvälisesti sovittuja periaatteita ja antavat ohjeita malliverosopimuksen 9 artiklassa ilmaistun markkinaehtoperiaatteen soveltamiseen.¹²⁷

OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kohdassa 1.45 todettiin, että etuyhteysliiketoimia ei voitu verrata riippumattomien osapuolten välisiin toimiin, mikäli riskien määrässä ja jakautumisessa oli huomattavia eroja, sillä riski vaikuttaa liiketoimen ehtoihin¹²⁸. Kohdan 1.48 mukaan voitiin arvioida sitä, oliko väitetty riskin kohdentuminen yhdenmukaista liiketoimen taloudellisen sisällön kanssa. Mikäli veroviranomainen katsoi, että liiketoimen hinnoittelu ei ollut perustunut väitettyyn riskin jakautumiseen, veroviranomainen saattoi kyseenalaistaa väitetyn riskin jakautumisen kyseisen liiketoimen osalta.¹²⁹ Kohdan 1.52 mukaan markkinaehtoperiaatteen mukaisessa liiketoimessa sopimusehdot määrittivät vastuun, riskien ja etuuksien jakautumisen osapuolten välillä. Liiketoimen ehdot saattoivat ilmetä myös muusta osapuolten välisestä kommunikaatiosta kuin kirjallisesta sopimuksesta.¹³⁰ Kohdan 1.53 mukaan riippumattomien yritysten eriaävät intressit varmistavat sen, että yritykset pitivät kiinni sovituista ehdoista. Etuyhteysyritysten välillä intressit eivät aina ole eriävät, mistä syystä tuli tutkia, vastasiko osapuolten käytös sovittuja ehtoja vai osoittiko käytös, ettei ehtoja oltu noudatettu. Tällaisissa tilanteissa vaadittiin tarkempaa analyysiä liiketoimen todellisten ehtojen määrittämiseksi.¹³¹

OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kohdan 1.64 mukaan markkinaehtotarkastelun lähtökohta oli verovelvollisen käyttämä muoto. Liiketoimia tuli arvioida niiden

¹²⁶ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 82.

¹²⁷ OECD 2014, 9 artiklan kommentaarin kohta 1.

¹²⁸ OECD 2010, kohta 1.45.

¹²⁹ OECD 2010, kohta 1.48.

¹³⁰ OECD 2010, kohta 1.52.

¹³¹ OECD 2010, kohta 1.53.

toteutuneen muodon mukaan ja muoto voitiin sivuuttaa vain täysin poikkeuksellisissa tilanteissa. Etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdinta oli vuoden 2010 siirtohinnoitteluoehjeiden mukaan mahdollista kuitenkin kahdessa poikkeuksellisessa tilanteessa. Siirtohinnoitteluoehjeiden kohdassa 1.65 kuvattiin kaksi tilannetta, joissa saattoi olla tarkoituksenmukaista ja oikeutettua sivuuttaa liiketoimen muoto. Ensimmäinen näistä on tilanne, jossa liiketoimen taloudellinen sisältö poikkesi liiketoimen oikeudellisesta muodosta. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta mainittiin vieraan pääoman ehtoinen korollinen sijoitus etuyhteysyritykseen tilanteessa, jossa riippumaton osapuoli ei olisi todennäköisesti tehnyt sijoitusta tässä muodossa ottaen huomioon velallisyhtiön taloudellinen tilanne. Sijoitus voitiin tällöin luonnehtia oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi.¹³² Kohdassa 1.65 mainittu ”taloudellinen sisältö” tarkoitti uudelleenluonnehdinnassa sen selvittämistä, olisiko yritys saanut lainaa kolmansilta osapuolilta ottaen huomioon yrityksen taloudellinen tilanne. Kysymys oli Anita Isomaa-Myllymäen mukaan siten liiketoimelle annetun oikeudellisen muodon ja markkinaehtoisesti toimivien osapuolten käyttämän oikeudellisen muodon välisestä erosta, eikä taloudellisen sisällön ja oikeudellisen muodon toisistaan poikkeamisesta siinä mielessä, kun asia ymmärretään Suomessa VML 28 §:ää sovellettaessa.¹³³ Uudelleenluonnehdinta oli mahdollista vain sellaisissa tilanteissa, joissa voitiin osoittaa, että riippumattomat osapuolet eivät olisi käyttäneet etuyhteysosapuolen käyttämää muotoa¹³⁴.

Siirtohinnoitteluoehjeiden kohdan 1.65 mukaan toinen tilanne, jossa uudelleenluonnehdinta saattoi tulla kyseeseen, oli tilanne, jossa liiketoimen muoto ja sisältö vastasivat toisiaan, mutta liiketoimeen liittyvät sopimukset kokonaisuutena katsottuna erosivat siitä, mitä riippumattomat osapuolet olisivat sopineet. Uudelleenluonnehdinta edellytti tällaisessa tilanteessa lisäksi sitä, että oikeudellisen muodon huomioon ottaminen olisi estänyt veroviranomaista määrittämästä asianmukaista siirtohintaa. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta mainittiin tulevaisuudessa tehtävään tutkimus- ja kehitystyöhön perustuvien aineet-

¹³² OECD 2010, kohdat 1.64 ja 1.65.

¹³³ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 92.

¹³⁴ Bullen 2011, s. 452.

tomien oikeuksien myynti pitkäaikaisen sopimuksen perusteella. Kyseinen sopimus voitiin uudelleenluonnehtia tutkimussopimukseksi.¹³⁵ Molempien edellä mainittujen edellytysten, liiketaloudellisen irrationaliteetin ja siirtohinnan määrittelyn estämisen, tuli siis täytyä, jotta uudelleenluonnehdinta tuli kyseeseen.

OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeet eivät tarkemmin määritelleet uudelleenluonnehdinnan edellytyksiä. Uudelleenluonnehdinnan tuli kuitenkin lähtökohtaisesti perustua objektiiviseen tietoon riippumattomien osapuolten toiminnasta. Uudelleenluonnehdinta saattoi siirtohinnoitteluohjeiden muotoilun mukaan perustua toisaalta myös niin sanottuun hypoteettiseen markkinaehtoperiaatteeseen. Hypoteettinen markkinaehtoperiaate perustuu näkemykseen siitä, mitä riippumattomat osapuolet olisivat kyseisessä tilanteessa sopineet, eikä empiiriseen tietoon siitä, mitä toisistaan riippumattomat osapuolet olisivat tosiasiallisesti tehneet. Hypoteettisen markkinaehtoperiaatteen soveltaminen uudelleenluonnehdinnassa edellytti kuitenkin erityistä varovaisuutta.¹³⁶

Siitä huolimatta, että OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeet käsittelivät uudelleenluonnehdintaa, etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdinnan kuuluminen OECD:n malliverosopimuksen 9.1 artiklan markkinaehtoperiaatteen soveltamisalaan on ollut kiistanalaista¹³⁷. Eriäviä mielipiteitä on aiheuttanut erityisesti se, kattaako OECD:n malliverosopimuksen 9.1 artiklan markkinaehtoperiaatteen soveltamisala uudelleenluonnehdinnan, vai tuleeko uudelleenluonnehdinnan perustua kansalliseen uudelleenluonnehdintaan oikeuttavaan säännökseen, ja onko tuo säännös kansallinen siirtohinnoittelusäännös vai kansallinen veronkiertosäännös.¹³⁸ Siihen, sovelletaanko liiketoimen uudelleenluonnehdintaan OECD 9.1 artiklaa ja kansallista siirtohinnoittelusäännöstä vai kansallista veronkiertosäännöstä, liittyy ongelmia keskinäisen sopimusmenettelyn (Mutual Agreement Procedure, MAP¹³⁹) soveltamisen suhteen¹⁴⁰. MAP-menettelyä ei välttämättä voida so-

¹³⁵ OECD 2010, kohta 1.65.

¹³⁶ Isomaa-Myllymäki 2016b, s.92–95 ja Bullen 2011, s. 419–422.

¹³⁷ Wittendorff 2009, s. 130.

¹³⁸ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 94.

¹³⁹ MAP-menettely on kahden tai useamman verosopimusvaltion toimivaltaisten viranomaisten välinen neuvottelumenettely, jonka avulla pyritään ratkaisemaan tulkintaerimielisyyksiä ja poistamaan kaksinkertainen verotus. Keskinäinen sopimusmenettely perustuu Suomen solmimien verosopimusten keskinäistä sopimusmenettelyä koskeviin artikloihin (OECD:n malliverosopimuksessa 25 artikla).

¹⁴⁰ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 95.

veltaa, jos uudelleenluonnehdinta perustuu veronkiertosäännöksen soveltamiseen. Veronkiertosäännöksen soveltaminen saattaa myös vaikeuttaa MAP-neuvotteluita, koska neuvottelevat valtiot eivät välttämättä ole yhtä mieltä edes tapauksen faktoista.¹⁴¹

4.2 BEPS-hanke ja sen myötä uudistuneiden siirtohinnoitteluohjeiden kannanotot uudelleenluonnehdintaan, tunnistamiseen ja sivuuttamiseen

4.2.1 Hanke ja sen tavoitteet

OECD käynnisti yhdessä G20 maiden kanssa vuonna 2013 selvitystyön veropohjan rapautumisen estämiseksi. Tästä hankkeesta käytetään nimitystä BEPS-hanke, mikä on lyhenne sanoista Base Erosion and Profit Shifting. Hankkeella on pyritty torjumaan verojärjestelmien eroista johtuvia verottomuustilanteita sekä sellaisia kansainvälisten yritysten voitonsiirtoja, joiden on katsottu murentavan veropohjaa. Hankkeella on siis pyritty puuttumaan kansainvälisten yritysten harjoittamaan aggressiiviseen verosuunnitteluun ja veron välttämiseen. Sen tavoitteena on ollut verottaa tuotot siinä maassa, missä taloudelliset toimet voiton luomiseksi toteutetaan ja arvo luodaan. BEPS-hanke saatettiin päätökseen lokakuussa 2015, kun OECD julkaisi lopulliset raportit hankkeeseen liittyen.

BEPS-hanke sisältää 15 erillistä toimenpidettä (actions), joiden avulla veropohjan rapautumista pyritään estämään. Toimenpiteet 8–10 käsittelevät kansainvälisten yritysten siirtohinnoittelua. Hankkeen edetessä OECD on julkaissut runsaasti raportteja koskien siirtohinnoittelua käsitteleviä toimenpiteitä 8–10. Heinäkuussa 2013 julkaistiin ensimmäinen raportti nimeltä Revised discussion draft TP Intangibles, joka käsitteli aineettomien hyödykkeiden siirtohinnoittelukysymyksiä. Sen jälkeen julkaisuja on tullut useita BEPS-projektin edetessä. Keskityn seuraavassa esittelemään liiketoimien uudelleenluonnehdinnan, tunnistamisen ja sivuuttamisen kannalta merkittävimpiä kohtia toimenpiteiden 8–10

¹⁴¹ Vincent – Luquet 2015, s. 1477–1478.

osalta joulukuussa 2014 julkaistussa luonnoksessa¹⁴² ja lokakuussa 2015 julkaistussa lopullisessa raportissa¹⁴³. Vuonna 2015 OECD:n siirtohinnoitteluohjeet päivitettiin lopullisten BEPS-raporttien yhteydessä.

4.2.2 Liiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen toimenpiteiden 8–10 luonnoksessa

OECD julkaisi joulukuussa 2014 luonnoksen BEPS-projektin siirtohinnoittelua koskevista luvuista 8–10. Kyseisen raportin osio D4 käsittelee liiketoimien uudelleenluonnehdintaa, tai tarkemmin sanottuna liiketoimien sivuuttamista. Raportissa käytetään termiä *non-recognition*, mikä voidaan suomentaa liiketoimen *sivuuttamiseksi*. Raportissa todetaan kuitenkin, että termillä *non-recognition* on tarkoitettu olevan sama merkitys kuin aiemmin siirtohinnoitteluohjeissa käytetyllä termillä uudelleenluonnehdinta *recharacterisation*¹⁴⁴. Raportissa muistutetaan, että liiketoimen sivuuttamiseen tulisi suhtautua varauksella, sillä sivuuttaminen on aina kiistanalaista ja voi johtaa kahdenkertaiseen verotukseen. Siirtohinnoittelussa tulisi lähteä liikkeelle liiketoimen varsinaisen luonteen selvittämisestä, ja soveltaa markkinaehtoperiaatetta oikein määritellyn liiketoimen hinnoitteluun. Toteutettua liiketoimea ei tule sivuuttaa vain siitä syystä, että markkinaehtoisen hinnan määrittäminen olisi vaikeaa. Tärkeintä on pohtia, onko toteutetun järjestelyn ominaisuudet sellaisia, jotka ovat tunnistettavissa myös itsenäisten yhtiöiden välisissä liiketoimissa.¹⁴⁵

Raportin osion D4.1 kohdassa 85 perustellaan liiketoimen sivuuttamista sillä, että muuten saattaisi syntyä tilanteita, joissa siirtohinnoitteluanalyysin seurauksena liiketoimea yritettäisiin hinnoitella markkinaehtoperiaatteen mukaan, vaikka kyseinen liiketoimi ei täytä markkinaehtoisuuden ominaisuuksia. Tämä johtuu siitä, että monikansallisilla konser-

¹⁴² OECD: Public Discussion Draft, BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion draft on revisions to chapter 1 of the transfer pricing guidelines (OECD 2014b).

¹⁴³ OECD: Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with value Creation, Actions 8–10 Final Reports (OECD 2015b).

¹⁴⁴ OECD 2014b, osio D4, kohta 83.

¹⁴⁵ OECD 2014b, osio D4, kohta 84.

neilla on lähtökohtaisesti mahdollisuus järjestää toimintansa haluamallaan tavalla, ja esimerkiksi päättää kuinka monta erillistä konserniyhtiötä sillä on, päättää mikä yhtiö omistaa mitkään varat ja kantaa mitkään riskit ja niin edelleen.¹⁴⁶

Osioissa D4.2 puhutaan liiketaloudellisesta rationaalisuudesta ja itsenäisten osapuolten välisten järjestelyiden perustavanlaatuisista taloudellista ominaisuuksista¹⁴⁷ lähtökohtana sen tarkasteluun, tulisiko jokin liiketoimi sivuuttaa. Jotta saataisiin selville, onko jokin järjestely liiketaloudellisesti rationaalinen, tulee pohtia, poikkeako järjestely siitä, mitä itsenäiset osapuolet olisivat sopineet toimiessaan liiketaloudellisesti järkevässä mielessä. Taloudellisen rationaalisuuden testaamisesta tekee erityisen hankalaa se, että itsenäiset osapuolet eivät välttämättä ryhtyisi vastaaviin järjestelyihin kuin toisistaan riippuvaiset yhtiöt. On myös vaikeaa määritellä miten itsenäiset, taloudellisessa mielessä rationaalisesti toimivat osapuolet toimisivat tietyssä tilanteessa.¹⁴⁸

Raportin osion D4 lopussa selvennetään vielä sitä, milloin liiketoimen sivuuttaminen voi tulla kyseeseen. Riippumattomien osapuolten välinen järjestely, joka sisältää perustavanlaatuisia taloudellisia ominaisuuksia, tarjoaa molemmille osapuolille perustellusti mahdollisuuden parantaa tai suojata heidän taloudellista asemaansa. Mikäli tällaista mahdollisuutta taloudellisen aseman säilyttämiseen tai sen parantamiseen ei ole, ei järjestelyn voida katsoa olevan liiketaloudellisesti järkevä, vaan se tulee sivuuttaa.¹⁴⁹

4.2.3 Liiketoimien tunnistaminen ja sivuuttaminen vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa

OECD julkaisi lokakuussa 2015 lopulliset versiot BEPS-raporteista. Toimenpiteiden 8–10 lopullisten raporttien seurauksena vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden ensimmäisen

¹⁴⁶ OECD 2014b, osio D4.1, kohta 85.

¹⁴⁷ Raportissa: ”The concept of fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties and commercial rationality”.

¹⁴⁸ OECD 2014b, osio D4.2, kohta 88.

¹⁴⁹ OECD 2014b, osio D4.2, kohta 89.

kappaleen D osa poistettiin kokonaisuudessaan ja korvattiin BEPS:ssä esitetyillä¹⁵⁰. Uusien (vuoden 2015) siirtohinnoitteluohjeiden ensimmäisen kappaleen D-osa (Guidance for applying the arm's length principle) jakautuu siten jatkossa seuraaviin osiin:

- D1 Identifying the commercial or financial relations
- D2 Recognition of the accurately delineated transaction
- D3 Losses
- D4 The effect of government policies
- D5 Use of customs valuations
- D6 Location savings and other local market features
- D7 Assembled workforce
- D8 MNE group synergies.

Liiketoimien uudelleenluonnehdintaa käsitellään siis osiossa D2. Osio D1 sisältää kuitenkin tärkeää pohjustusta asiaan liittyen. Osiossa D1 kerrotaan, kuinka liiketoimen osapuolten todelliset taloudelliset suhteet pyritään tunnistamaan. Vertailuanalyysin lähtökohtana on todellisen liiketoimen määrittäminen, ja vasta sen jälkeen ryhdytään vertailemaan etuyhteysliiketoimea vertailukelpoisiin, riippumattomien osapuolten välillä tehtyihin liiketoimiin. Määrittämisessä tunnistetaan kaupalliset tai taloudelliset suhteet osapuolten välillä käyttäen sopimusehtoja ja osapuolten tosiasiallista käyttäytymistä. Arvioinnin lähtökohtana on sopimusehdot, mutta ratkaisevaa on osapuolten todellinen toiminta.¹⁵¹ Tässä ei sinänsä ole mitään uutta verrattuna vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeisiin tai toimenpiteiden 8–10 luonnosversioon. Uutta kuitenkin on riskien analysoinnin korostaminen osana toimintoanalyysiä.¹⁵² Riskin ottamisesta tulee seurata mahdollisuus tuottoon. Riskianalyysissä tunnistetaan liiketoimeen liittyvät riskit ja allokoidaan riski oikealle osapuolelle. Tämä on tärkeä osa todellisen liiketoimen määrittämistä. Kohdassa 1.60 on kuvattu riskianalyysin eteneminen seuraavasti:

1. Liiketoimen taloudellisesti merkittävien riskien tunnistaminen.
2. Miten riskit on allokoitu osapuolten välillä sopimustekstin mukaan?
3. Toimintoanalyysin tekeminen.

¹⁵⁰ OECD 2015b, s. 15 yläreuna: ”The current provisions of Chapter 1, Section D of the Transfer Pricing Guidelines are deleted in their entirety and replaced by the following language.” BEPS toimenpiteiden 8–10 lopullinen raportti on vielä tällä hetkellä erillinen dokumentti. OECD julkaisee uuden yhtenäisen siirtohinnoitteluohjeen näillä näkymin vuoden 2017 aikana.

¹⁵¹ OECD 2015b, osio D1, kohta 1.33 ss.

¹⁵² Ks. tarkemmin OECD 2015b, osio D1.2.1 (Analysis of risks in commercial or financial relations).

4. Kohdissa 1–3 kerätyn, riskejä ja niiden hallintaa koskevan informaation tulkinta: Heijastaako osapuolten tosiasiallinen käytös sopimusehtoja? Onko riskin kannettavakseen ottaneella osapuolella mahdollisuus hallita riskiä ja taloudellista kykyä riskin kantamiseen?
5. Jos kohdassa 4 huomataan, että riski ei ole jaettu oikein, allokoidaan se nyt sille osapuolelle, joka sen pystyy kantamaan.
6. Oikein määritelty liiketoimi hinnoitellaan (ottaen huomioon riskianalyysi).¹⁵³

Osiossa D2 puhutaan toteutetun liiketoimen tunnistamisesta (*delineation*) ja toisaalta liiketoimen sivuuttamisesta (*non-recognition*). Termin uudelleenluonnehdinta (*re-characterization*) käytöstä on luovuttu. Uusissa siirtohinnoitteluohjeissa tehdään ero toteutetun liiketoimen tunnistamisen ja liiketoimen sivuuttamisen välille. Toteutetun liiketoimen määrittäminen ja sen tunnistaminen ei ole liiketoimen muuttamista. Ohjeiden mukaan tunnistetun todellisen liiketoimen sivuuttamista voidaan harkita, jos se ei ole kaupallisesti järkevä¹⁵⁴ ja vasta tämä mahdollinen sivuuttaminen on liiketoimen muuttamista.¹⁵⁵

Myös uusissa siirtohinnoitteluohjeissa muistutetaan, että liiketoimen sivuuttaminen on aina kiistanalaista ja voi johtaa kahdenkertaiseen verotukseen. Tästä syytä pitäisi aina pyrkiä tunnistamaan todellinen liiketoimi ja hinnoittelemaan se markkinaehtoperiaatteen mukaisesti. Liiketoimea ei voi sivuuttaa siitä syystä, että markkinaehtoisen hinnan määrittäminen olisi hankalaa. Myöskään se, että vastaavaa liiketoimea ei ole havaittu itsenäisten osapuolten välillä, ei oikeuta automaattisesti liiketoimen sivuuttamiseen. Liiketoimen sivuuttaminen tulee kyseeseen ainoastaan silloin, kun liiketoimen ehdot kokonaisuutena tarkasteltuna eroavat siitä, mitä itsenäiset yritykset toimiessaan kaupallisesti järkevästi olisivat sopineet vastaavissa olosuhteissa, ja täten ei ole mahdollista määrittää liiketoimelle hintaa, joka olisi molempien osapuolten kannalta hyväksyttävä.¹⁵⁶

Osion D2 lopussa on esitetty kaksi esimerkkiä, jotka kuvastavat tilanteita, joissa liiketoimen sivuuttaminen voi tulla kyseeseen. Ensimmäisessä esimerkissä yhtiö S1 harjoittaa

¹⁵³ OECD 2015b, osio D1.2.1, kohta 1.60.

¹⁵⁴ ”Actual transaction does not make commercial sense”.

¹⁵⁵ OECD 2015b, osio D2, kohta 1.119 ss.

¹⁵⁶ OECD 2015b, osio D2, kohta 1.122.

valmistustoimintaa, johon kuuluu suuren varaston pitäminen sekä huomattavat investoinnit tehtaaseen ja koneistoon. Yhtiö omistaa tehtaan alueella, joka on viime aikoina altistunut kasvavassa määrin voimakkaille tulville. Ulkopuoliset vakuutusyhtiöt eivät tarjoa alueella oleville yhtiöille vakuutuksia, sillä riski joutua maksamaan suuria korvauksia tulvien vuoksi on korkea. Tytäryhtiö S2 tarjoaa vakuutuksen emoyhtiölleen S1, ja S1 maksaa siitä vuosittain vakuutusmaksua, jonka suuruus on 80% varaston ja tehtaan arvosta. Tässä tilanteessa yhtiö S1 on ryhtynyt järjestelyyn, joka ei ole kaupallisesti järkevä, koska vakuutuksille ei ole markkinoita kyseisessä tilanteessa. Yhtiön S1 kannalta olisi houkuttelevampaa olla ottamatta vakuutusta laisinkaan tai siirtää tehdas muualle. Kyseisessä tilanteessa yhtiöiden välinen vakuutusjärjestely tulisi sivuuttaa. Yhtiöitä tulee verotuksessa kohdella kuten kyseistä liiketoimea ei olisi lainkaan tehty: S1 ei saa vähentää tuloistaan vakuutusmaksuista koituneita kuluja, eikä S2:n voida katsoa oleva velvollinen maksamaan mahdollisia korvausvaatimuksia.¹⁵⁷

Toisessa esimerkissä yhtiö S1 tekee tutkimustyötä kehitelläkseen aineettomia oikeuksia, joilla voitaisiin luoda uusia tuotteita yhtiön valmistettavaksi ja myytäväksi. Yhtiö sopii siirtävänsä kaikki seuraavan 20 vuoden aikana kehittelemänsä aineettomat oikeudet tytäryhtiölleen S2 tiettyä kertasummaa vastaan. Kyseinen järjestely on molempien osapuolten kannalta taloudellisesti irrationaali. Kummallakaan yhtiöllä ei ole käytössään riittäviä keinoja määrittää maksetun kertasumman oikeaa määrää, sillä ei ole tiedossa kuinka paljon S1 tulee aineettomia oikeuksia kehittelemään tulevaisuudessa, tai kuinka paljon kyseiset oikeudet lopulta tuottavat rahaa. Kyseinen järjestely (mukaan lukien maksetun korvauksen määrä) tulisi verotuksessa sivuuttaa, ja korvata järjestelyllä johon riippumattomat osapuolet olisivat taloudellisesti järkevästi toimiessaan ryhtyneet. Tällainen järjestely voisi olla esimerkiksi jonkinlainen lisenssisopimus, rahoituksen tarjoaminen yhtiöltä S2 yhtiölle S1 tai tutkimuspalveluiden tarjoaminen yhtiöltä S1 yhtiölle S2. Liiketoimen korvaamisessa tulisi ottaa huomioon taloudellisesti merkittävät seikat kuten osapuolten toiminta, käytetyt varat, riskin jakautuminen ja yhtiöiden taloudellinen asema.¹⁵⁸

¹⁵⁷ OECD 2015b, osio D2, kohta 1.126–1.127.

¹⁵⁸ OECD 2015b, osio D”, kohta 1.128.

Näyttäisi siis siltä, että jatkossa oikeaa siirtohintaa määritettäessä keskitytään yhä enemmän tarkastelemaan toteutettua liiketoimea kokonaisuutena, ja pohditaan ryhtyisikö riippumaton osapuoli vastaavaan järjestelyyn. Ratkaisevaa on osapuolten todellinen toiminta (muun muassa kumpi osapuolista kantaa riskin), eikä osapuolten tekemille sopimuksille anneta niin suurta painoarvoa. Siirtohinnoitteluanalyysissä pyritään tunnistamaan toteutetun liiketoimen todellinen muoto ja hinnoitellaan vasta tämä todellinen liiketoimi.

4.2.4 Mikä on uutta vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa?

OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa on perinteisesti annettu suuri painoarvo oikeudellisesti sitoville sopimuksille¹⁵⁹. Etuyhteysliiketoimet on voitu sivuuttaa vain poikkeuksellisissa tilanteissa¹⁶⁰. Sopimusehtojen merkityksen painottamisen on katsottu johtaneen tilanteeseen, jossa markkinaehtoperiaatetta pystytään manipuloimaan¹⁶¹. Tästä syystä OECD nosti vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa etuyhteysosapuolten todellisen käyttäytymisen entistä selkeämmin sopimusehtojen rinnalle¹⁶². Uusissa siirtohinnoitteluohjeissa etuyhteyssuhdetta ja etuyhteysliiketoimea koskevien tosiseikkojen selvittämisen merkitystä markkinaehtoisuuden arvioinnissa on painotettu entisestään¹⁶³.

Vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa uutta on termi *todellisen liiketoimen tunnistaminen (delineation of the actual transaction)*. Uusien ohjeiden mukaan, edellä kuvatulla tavalla, etuyhteysliiketoimen tunnistamisen lähtökohta on sopimusehdot. Jos kirjalliset sopimusehdot eivät kuitenkaan vastaa etuyhteysliiketoimen taloudellisesti merkittäviä ominaisuuksia, todellinen liiketoimi tunnistetaan yleensä osapuolten tosiasiallisen käyttäytymisen perusteella. Tunnistamisessa on kyse osapuolten välisen sopimuksen vertaamisesta osapuolten tosiasialliseen käyttäytymiseen.

Myös vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden mukaan markkinaehtoisuuden arvioinnin tuli perustua siihen liiketoimeen, jonka osapuolet olivat tosiasialla tehneet¹⁶⁴. Vuoden

¹⁵⁹ Ks. esim. Hankó Faragó 2016, s. 267.

¹⁶⁰ OECD 2010, kohta 1.64.

¹⁶¹ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 477. Ks. OECD 2015b, s. 9.

¹⁶² OECD 2015b, s.10.

¹⁶³ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 477.

¹⁶⁴ Bullen 2011, luku 8.4.2.

2010 ohjeissa käytetty termi oli *liiketoimien luonnehdinta* (*characterising the transaction*). Käytännössä tällaisessa sopimusehtojen ja tosiasiallisen käyttäytymisen vertailussa oli kyse tosideikkojen arvioinnista ja liiketoimen tunnistamisesta. Liiketoimen luonnehdinnassa ei kuitenkaan ollut kyse markkinaehtoisuuden arvioinnista. Markkinaehtoperiaatetta sovellettiin vasta vasta tunnistettuun liiketoimeen. Liiketoimen tunnistaminen ei ollut vielä malliverosopimuksen 9.1 artiklan markkinaehtoperiaatteen soveltamista, vaan tunnistamiseen soveltuivat muut, kansalliset, säännökset.¹⁶⁵ Sen sijaan vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kohdat 1.49 ja 1.65 viittasivat arviointiin siitä, poikkesivatko etuyhteysliiketoimen ehdot riippumattomien osapuolten käyttämistä ehdoista ja tällä viitattiin uudelleenluonnehdintaan.¹⁶⁶

Andreas Bullen suositteli yllä kuvattuun perustuen, että vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kohdan 1.65 ensimmäinen poikkeustilanne¹⁶⁷ tulisi poistaa siirtohinnoitteluohjeista, koska se aiheutti sekaannusta tunnistamisen eli liiketoimen luonnehdinnan ja uudelleenluonnehdinnan välillä. Näyttäisi siltä, että Bullenin näkökanta sai kannatusta, sillä vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa liiketoimen tunnistaminen on erotettu sivuuttamisesta ja taloudellisen muodon ja sisällön ristiriitaa koskeva, uudelleenluonnehdinnan mahdollistava poikkeus on poistettu.¹⁶⁸

Todellisen liiketoimen tunnistamisen lisäksi toinen uusi käsite vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa on siis *liiketoimen sivuuttaminen* (*non-recognition*). Uudelleenluonnehdinnan käsitteestä on uusissa ohjeissa luovuttu. Sisällöltään liiketoimen sivuuttamisen ja uudelleenluonnehdinnan on tarkoitettu kuitenkin olevan vastaavia toimia.¹⁶⁹ Liiketoimen sivuuttamista koskevat ohjeet¹⁷⁰ vastaavatkin pitkälti muotoilultaan vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kohdassa 1.65 kuvattua tilannetta, jossa uudelleenluonnehdinta tuli kyseeseen, mikäli liiketoimeen liittyvät järjestelyt poikkesivat kokonaisuutena siitä, miten liiketaloudellisesti rationaaliset yritykset olisivat toimineet.

¹⁶⁵ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 478.

¹⁶⁶ OECD 2010, kohdat 1.48 ja 1.65. Ks. Bullen 2011, s. 147–149.

¹⁶⁷ Taloudellisen muodon ja sisällön ristiriita.

¹⁶⁸ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 97–98.

¹⁶⁹ Ks. OECD 2014b, osio D4, kohta 83.

¹⁷⁰ ”Liiketoimi kokonaisuutena tarkastellen eroaa järjestelystä, joihin riippumattomat, kaupallisesti rationaalisella tavalla käyttäytyvät osapuolet olisivat ryhtyneet vastaavissa olosuhteissa”. OECD 2015b, osio D2, kohta 1.122.

Sinänsä BEPS:n myötä uudistuneet siirtohinnoitteluohjeet eivät sisällä radikaaleja muutoksia siirtohinnoitteluvoikaisun tekemistä koskevaan sääntelyyn. BEPS-hankkeen aikana ei ole muutettu markkinaehtoperiaatteen sisältöä¹⁷¹. BEPS-hankeen tavoitteiden mukaisesti uudistuneiden siirtohinnoitteluohjeiden tarkoituksena on kuitenkin verottaa tuotot siinä maassa, missä taloudelliset toimet voiton luomiseksi toteutetaan ja arvo luodaan. Tämän vuoksi uusissa siirtohinnoitteluohjeissa korostetaan etuyhteysosapuolten todellisen käyttäytymisen ja esimerkiksi riskien todellisen jakautumisen merkitystä verrattuna kirjallisiin sopimusehtoihin. Keinotekoinen voitonsiirto siirtohinnoittelun avulla matalan verotuksen valtioihin pyritään estämään. Ohjeissa korostuu entisestään etuyhteyssuhdetta ja etuyhteysliiketoimea koskevien tosiseikkojen selvittämisen merkitys markkinaehtoisuuden arvioinnissa.

Suomessa Verohallinto ilmaisi kannanotossaan A177/200/2015 näkemyksensä siitä, että siirtohinnoitteluohjeisiin vuonna 2015 tehdyt lisäykset eivät sisällä perustavanlaatuisia uusia tulkintasuosituksia suhteessa jo aiemmin voimassa olleeseen ensimmäiseen lukuun. Siten vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeisiin lisätyistä täsmennyksistä ilmeneviä periaatteita voidaan Verohallinnon näkemyksen mukaan käyttää tulkintalähteenä Suomessa myös takautuvasti.¹⁷²

¹⁷¹ Pankakoski 2016, s. 196.

¹⁷² Verohallinto 2015.

5 MILLAISIA MUUTOKSIA ASIAA KOSKEVAAN SÄÄNTELYYN TAI VEROTUSKÄYTÄNTÖÖN ON ODOTETTAVISSA?

5.1 VML 31 §:n muutosehdotus

Valtiovarainministeriö toteutti joulukuussa 2014 selvityksen verotusmenettelylain 31 §:n muuttamistarpeista. Kyseinen selvitys¹⁷³ (hanke VM 161:00/2014) on kirjoitettu hallituksen esityksen muotoon, ja lähetetty lausuntokierrokselle eri asiantuntijoille ja organisaatioille¹⁷⁴. Selvityksessä esitetään verotusmenettelylain 31 §:ää muutettavaksi siten, että etuyhteysyritysten välistä siirtohinnoittelua voitaisiin jatkossa oikaista myös silloin, kun jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta. Muutoksen jälkeen verotusmenettelylain 31 §:än lisättäisiin seuraavat virkkeet:

”Liiketoimen ehtojen katsotaan poikkeavan siitä, mitä toisistaan riippumattomien osapuolten välillä olisi sovittu myös silloin, kun jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta. Arvioitaessa sitä, poikkeako liiketoimen oikeudellinen muoto asian varsinaisesta luonteesta ja tarkoituksesta, liiketoimi arvioidaan kokonaisuutena ja otetaan huomioon tosiseikat ja olosuhteet, kuten kirjalliset sopimusehdot, osapuolten todellinen toiminta, liiketoimen taloudellinen sisältö sekä muut olennaiset tilanteen arviointiin vaikuttavat seikat.”

Muutosta perustellaan muun muassa sillä, että muutoksen jälkeen Suomen lainsäädäntö vastaisi Suomen solmimia verosopimuksia, joissa on määräys etuyhteysyritysten välisten palveluiden ja tavaroiden markkinaehtoisesta hinnoittelusta, sekä OECD:n siirtohinnoitteluohjeita, joissa on maininta etuyhteysyritysten välisen liiketoimen oikaisusta silloin, kun liiketoimen muoto ei vastaa sen sisältöä¹⁷⁵. Muutoksen taustalla on eittämättä aiemmin esittelemäni korkeimman hallinto-oikeuden päätös KHO 2014:119. Selvityksen toi-

¹⁷³ Valtiovarainministeriö 2015.

¹⁷⁴ Lausuntoja on pyydetty muun muassa vero-oikeuden professoreilta, Verohallinnolta, Keskuskauppa-kamarilta, Veronmaksajien keskusliitto ry:ltä ja Suomen yrittäjät ry:ltä.

¹⁷⁵ Eri tahojen antamissa asiaa koskevissa lausunnoissa tämä on kyseenalaistettu jyrkästi. Ehdotuksen sanamuoto on paljon laajempi kuin nykyinen OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklan sanamuoto. Ks. esim. Helminen 2015, s. 3. Siirtohinnoitteluohjeilla viitataan vuoden 2010 ohjeisiin.

sessä kappaleessa todetaankin, että ”siirtohinnoitteluoikaisua voitaisiin ehdotetun muutoksen jälkeen soveltaa myös päätöksessä KHO 2014:119 mainittuihin rahoitusjärjestelyihin ja siirtohinnoitteluoikaisun edellytysten täytyessä vierasta pääomaa pidettäisiin verotuksessa omana pääomana”¹⁷⁶. Muutoksen tavoitteet ovat kuitenkin jokseenkin epäselvät. Selvityksen toisessa kappaleessa todetaan ensiksi seuraavasti: ”Mikäli tavoitteena on verotusmenettelylain 31 §:n soveltaminen OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden 1.65 kohdan ensimmäiseen tilanteeseen, jossa liiketoimen sisältö ei vastaa sen oikeudellista muotoa, lainsäädäntöä voitaisiin muuttaa siten, että säännökseen lisättäisiin nimenomainen maininta sen soveltamisesta myös silloin, kun liiketoimen sisältö ei vastaa oikeudellista muotoa”¹⁷⁷. Seuraavassa virkkeessä kuitenkin todetaan voimassa olevan verotusmenettelylain 28 §:n soveltuvan oikeudellisen muodon ja sisällön poikkeavuus -tilanteisiin. Kyseisen veronkiertosäännöksen soveltaminen edellyttää kuitenkin muun muassa veron välttämisen tarkoitusta, mikä merkitsee sitä, että säännöstä ei voida soveltaa, jos liiketoimelle on liiketaloudellinen syy.¹⁷⁸ Edelleen jäljempänä selvityksessä todetaan, että ”Mikäli säännöksen tavoitteena on puuttua erityisesti korkovähennysoikeuden rajoittamiseen ja voimassa olevaa elinkeinoverolain 18 a §:n korkovähennysoikeuden rajoitusta ei pidettäisi riittävän tehokkaana, voitaisiin harkita elinkeinoverolain 18 a §:n tiukentamista.”¹⁷⁹ Pian tämän jälkeen selvityksessä todetaan, että esitetyistä vaihtoehdoista toimivimpana pidetään verotusmenettelylain 31 §:n muuttamista. Epäselväksi kuitenkin jää, mihin tarkoitukseen verotusmenettelylain 31 §:n muuttamista pidetään toimivimpana. Esityksen perustelut ovat lähes kauttaaltaan kirjoitettu siten kuin uusi säännös koskisi vain ratkaisun KHO 2014:119 kaltaisten rahoitusrakenteiden tarkastelua. Täten säännöksen soveltaminen johtaisi lähinnä vain korkojen vähennyskeltvottomuuteen. Uusi säännös on kuitenkin kirjoitettu yleiseksi uudelleenluonnehdinnan sallivaksi säännökseksi, joka antaa mahdollisuuden uudelleenluonnehtia mitä tahansa liiketoimia, liiketoimintakokonaisuuksia tai yritysrakenteita.¹⁸⁰ Etuyhteisyriyten välisten lainojen korkomenojen rajoittamiseksi on

¹⁷⁶ Valtiovarainministeriö 2015, s. 10.

¹⁷⁷ Valtiovarainministeriö 2015, s. 8.

¹⁷⁸ Valtiovarainministeriö 2015 s. 9. (Pohdittavaksi jää, miksi jokin liiketoimi tulisi ylipäättään sivuuttaa verotuksessa, jos liiketoimelle on olemassa liiketaloudellinen syy ja kyseessä ei ole veron kiertäminen.)

¹⁷⁹ Valtiovarainministeriö 2015, s. 9.

¹⁸⁰ Penttilä 2015b, s. 3–4.

jo säädetty edellä mainittu EVL 18 a §, eikä selvityksessä oteta kantaa siihen, miksi se ei olisi riittävä säännös korkovähennysoikeuden rajoittamiseksi.

Asiantuntijat ja organisaatiot suhtautuvatkin lausunnoissaan esitettyyn muutokseen varsin kriittisesti. Ongelmaksi koetaan erityisesti uuden esitetyn säännöksen laaja sanamuoto ja tulkinnanvaraisuus. Legaliteettiperiaate edellyttää, että verolain tulisi olla sisällöltään täsmällinen ja tarkkarajainen. Verolaissa tulisi myös olla säännökset verovelvollisen oikeusturvasta. Perustuslain esitöissä ja eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunnoissa on painotettu, että lain säännösten pitää olla sillä tavoin tarkkoja, että lakia soveltavan viranomaisen harkinta veroa määrättäessä on sidottua harkintaa. Esitetty säännös ei täytä näitä vaatimuksia, vaan antaisi toteutuessaan veroviranomaiselle melko rajoittamattoman harkintavallan puuttua etuyhteisyritysten välisiin järjestelyihin ja liiketoimiin.¹⁸¹ Marjaana Helmisen mukaan muutos lisäisi legaliteettiperiaatteen vastaisen mielivaltaisen verotuksen vaaraa.¹⁸²

Lausunnoista käy myös ilmi eri tahojen huoli oikeusvarmuudesta ja ennustettavuudesta verotuksessa, mikäli kyseinen muutos toteutetaan. Esimerkiksi Elinkeinoelämän keskusliitto toteaa launnossaan, että ”Ehdotettu muutos johtaisi siihen, että yhtiöiden olisi kaikessa päätöksenteossaan mietittävä, vastaako käytetty oikeudellinen muoto verohallinnon subjektiivista käsitystä liiketoimen taloudellisesta luonteesta. Uusi säännös sivuuttaisi kokonaan yritysten oman liiketoimintaosaamisen sekä sen, että yritysten tulee voida järjestää liiketoimintansa parhaaksi katsomallaan tavalla ilman pelkoa siitä, että käytetyn liiketoiminnan muoto tullaan jälkikäteen mahdollisesti uudelleenluokittelemaan verohallinnon toimesta.”¹⁸³ Muun muassa Keskuskauppakamari, Elinkeinoelämän keskusliitto sekä Suomen veroasiantuntijat ry esittävät huolensa esitetyn muutoksen vaikutuksista Suomen kilpailukykyyn ja asemaan yritysten sijaintipaikkana. Heidän mukaansa useat ulkomalaiset tahot ovat jo aikaisemmin ilmaisseet, että Suomeen ei ole oikeudellisten epävarmuuksien vuoksi järkevää investoida. Esitetty muutos pahentaisi tilannetta entisestään.¹⁸⁴

¹⁸¹ Keskuskauppakamari 2015, s. 1.

¹⁸² Helminen 2015b, s. 1.

¹⁸³ Elinkeinoelämän keskusliitto 2015, s. 2.

¹⁸⁴ Keskuskauppakamari 2015, s. 4; Elinkeinoelämän keskusliitto 2015, s. 4 ja Suomen veroasiantuntijat 2015, s. 10.

Lausunnoissa korostuu myös huoli siitä, että esitetyssä muodossaan uudessa säännöksessä tai sen esitöissä ei oteta lainkaan kantaa seuraaviin asioihin: minkälaisissa tapauksissa uudelleenluonnehdinta olisi Suomen verotulojen turvaamiseksi tarpeellista, mitä uudelleenluonnehdinnalla tarkoitetaan, millä perusteilla uudelleenluonnehdinta voitaisiin tehdä ja minkälaisin kriteerein tulisi määritellä sivuutettavan liiketoimen korvaava liiketoimi.¹⁸⁵ Myöskään todistustaakan jakautumisesta uudelleenluonnehdintatapauksissa ei ole mitään määräyksiä. Epäselväksi jää, mitä veroviranomaisilta edellytetään, jotta he voivat sivuuttaa yrityksen toteuttaman liiketoimen. Verovelvollisten näkökulmasta uhkana on, että veroviranomaiset pyrkivät sivuuttamaan yritysten toimintamalleja ja liiketoimia ilman perusteluja, kunhan Suomeen kertyy enemmän verotettavaa tuloa.¹⁸⁶

Esitetyssä säännöksessä ei myöskään huomioida oikeudellisen muodon kunnioittamista verotuksen lähtökohtana. OECD:n siirtohinnoitteluohjeissakin korostuu uudelleenluonnehdinnan poikkeuksellisuus ja se, että lähtökohtaisesti verovelvollisen käyttämä oikeudellinen muoto otetaan myös verotuksen perusteeksi. Uudessa esitetyssä säännöksessä tai edes sen esitöissä ei ole mitään mainintaa tästä.

Esitetty muutos ei saa juurikaan tukea myöskään kansainvälisestä vertailusta. Vain harvassa maassa uudelleenluonnehdinta on mahdollista ilman yleisen veronkiertosäännöksen soveltamista. Esimerkiksi Ruotsissa lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö liiketoimien uudelleenluonnehdintaa koskien on hyvin samankaltainen kuin Suomessa¹⁸⁷. Ruotsin kansallisessa lainsäädännössä kansainvälistä tulonoikaisuartiklaa vastaava säännös sisältyy Inkomstskattelagenin (1999:1229) 14 luvun 19 §:än. Kyseinen siirtohinnoittelusäännös sisältää markkinaehtoperiaatteen. Sen mukaan elinkeinotoiminnan tuloksen ollessa pienempi siitä syystä, että on sovittu ehdoista, jotka poikkeavat siitä, mitä olisi riippumattomien elinkeinonharjoittajien sovittu, tulos on laskettava sen määrän suuruiseksi, johon se olisi noussut, jos tällaisia ehtoja ei olisi ollut. Ruotsin korkein vero-asioita käsittelevä tuomioistuin Högsta Förvaltningsdomstolen (entinen Regeringsrätten) käsitteli ratkaisusaan RÅ 1990 ref. 34 liiketoimien uudelleenluonnehdintaa. Tapauksessa käsiteltiin siirtohinnoittelusäännöksen soveltuvuutta tilanteeseen, jossa ruotsalainen tytäryhtiö halusi

¹⁸⁵ PwC 2015, s. 4.

¹⁸⁶ PwC 2015, s. 3.

¹⁸⁷ Anita Isomaa-Myllymäki on tarkastellut Ruotsin oikeuskäytäntöä konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuutta koskien artikkelissaan. Katso Isomaa-Myllymäki 2014c, s.186–198.

vähentää amerikkalaiselle emoyhtiölleen maksamiaan lainan korkoja, vaikka tytäryhtiö oli alikapitalisoitu tavalla, joka ei olisi ollut mahdollinen riippumattomille yhtiöille. Regeringsrättenin mukaan Ruotsissa ei ollut erityistä verosäännöstä, jolla olisi voitu puuttua tilanteisiin, joissa yhtiön oma pääoma on epätavallisen pieni suhteessa sen velkoihin. Siirtohinnoittelusäännöstä ei voitu Regeringsrättenin mukaan soveltaa siten, että lainaa olisi käsitelty osakepääomana. Siten tuomiossa todettiin, että yhtiö sai vähentää verotuksessaan korot ja kurssitappiot. Ruotsissa ei ole myöskään kyseisen ratkaisun jälkeen julkaistu oikeuskäytäntöä, joka mahdollistaisi vieraan pääoman uudelleenluonnehdinnan omaksi pääomaksi.¹⁸⁸

Valtiovarainministeriön tekemästä vertailusta käy kuitenkin ilmi, että esimerkiksi Norjassa oman pääoman ja vieraan pääoman erottelu tehdään kokonaisharkintana tosiseikkojen perusteella, eikä erän muodollisella nimityksellä ole merkitystä. Muodollisesti lainaksi sovittu erä voidaan siten katsoa verotuksessa oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi. Norjassa on käytössä myös erilliset säädökset korkovähennysoikeuden rajoittamiseksi. Myös Alankomaissa muodollisesti lainaksi sovitun sijoituksen voidaan katsoa tietyin edellytyksin olevan oman pääoman ehtoinen.¹⁸⁹ Valtiovarainministeriön esityksestä ei kuitenkaan käy ilmi, että muita liiketoimia kuin edellä mainittuja rajoitusjärjestelyjä voitaisiin Norjassa tai Alankomaissakaan uudelleenluonnehtia ilman veronkierrosäännöstä.

On varsin erikoista, että kyseinen selvitys on tehty ennen BEPS-raporttien lopullisten versioiden julkaisua. Selvityksessä on käytetty perusteluina ja viitattu vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeisiin, vaikka tiedossa on ollut jo pidemmän aikaa, että kyseisiin ohjeisiin on BEPS-hankkeen myötä tulossa muutoksia. Sinänsä esitetyn uuden VML 31.1 §:n sanamuodon voisi katsoa olevan linjassa BEPS-hankkeen myötä uudistuneiden siirtohinnoitteluohjeiden liiketoimien uudelleenluonnehdintoja koskevien ohjeistuksien kanssa. Esitetyn VML 31.1 §:n sanamuoto ei kuitenkaan ole riittävän selkeä ja tarkkarajainen. Myös lain esitoissa tulisi määritellä selkeästi tilanteet, joissa liiketoimia voitaisiin uudelleenluonnehtia¹⁹⁰. Vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeet ja myös BEPS-hankkeen myötä

¹⁸⁸ Valtiovarainministeriö 2015, s. 7.

¹⁸⁹ Valtiovarainministeriö 2015, s. 7.

¹⁹⁰ Tai pikemminkin uusien siirtohinnoitteluohjeiden mukaisesti: kuinka todellinen liiketoimi tulisi tunnistaa ja missä tilanteissa toteutetun liiketoimen voisi mahdollisesti sivuuttaa.

uudistuneet vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeet jättävät paljon tulkinnanvaraa asiaan, ja kansallisessa lainsäädännössä kyseiset tulkinnalliset aukot tulisi täyttää. Annettujen lausuntojen ja uusien siirtohinnoitteluohjeiden perusteella on varsin epätodennäköistä, että hanke sellaisenaan etenisi hallituksen esitykseksi ja eduskunnan käsiteltäväksi. Kyseisen hankkeen etenemisestä ei ole tarkempaa tietoa, mutta periaatteessa hanke verotusmenettelylain 31 §:n muuttamiseksi on kuitenkin edelleen käynnissä. Uutta sääntelyä on siten mahdollisesti odotettavissa lähitulevaisuudessa.

5.2 Uusien siirtohinnoitteluohjeiden mahdolliset vaikutukset verotuskäytäntöön

5.2.1 Yleistä

Uusien siirtohinnoitteluohjeiden mukaan verotuksen yhteydessä tehtävän siirtohinnoitteluanalyysin perusteella pyritään siis tunnistamaan yrityksen toteuttama todellinen liiketoimi ja hinnoitellaan se markkinaehtoperiaatteen mukaisesti. Tunnistetun todellisen liiketoimen sivuuttamista voidaan harkita, mikäli se ei ole liiketaloudellisesti perusteltu ja järkevä. Vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa annetaan kaksi esimerkkiä tilanteista, joissa liiketoimen sivuuttaminen voi tulla kyseeseen. Ensimmäisessä esimerkissä etuyhteisyritysten välinen vakuutusjärjestely sivuutetaan, koska kyseisissä olosuhteissa vakuutukselle ei ole markkinoita. Yrityksiä kohdellaan verotuksessa kuten he eivät olisi ryhtyneet kyseiseen vakuutusjärjestelyyn. Toisessa esimerkissä yhtiö luovuttaa etuyhteisyritykselleen kertakorvausta vastaan kaikki seuraavan 20 vuoden aikana kehittämiensä aineettomien oikeuksien oikeudet. Kyseinen liiketoimi sivuutetaan verotuksessa, koska se ei ole taloudellisesti järkevä kummankaan osapuolen kannalta. Liiketoimi korvataan verotuksessa sellaisella järjestelyllä, johon riippumattomat osapuolet olisivat ryhtyneet.¹⁹¹ Todellisen liiketoimen tunnistaminen ja mahdollinen sivuuttaminen on kuitenkin kovin tulkinnanvarainen ja vaikeasti määriteltävä asia. Kyseisten esimerkkienkään

¹⁹¹ OECD 2015b, s. 40. Olen esitellyt esimerkit laajemmin luvussa 4.2.3.

perusteella ei voida tehdä johtopäätöksiä, millaisia liiketoimia ja järjestelyjä voidaan yli-päättään sivuuttaa. On myös mahdotonta tehdä yleistä ohjenuoraa todellisen liiketoimen tunnistamiseen tai kaikenkattavaa listaa järjestelyistä, jotka tulisi verotuksessa sivuuttaa. Lähtökohtaisesti OECD:n ohjeistuksen mukaan tarkastelun kohteena voi olla mikä tahansa liiketoimi. Täten tarkasteltavaksi voi tulla esimerkiksi etuyhteysyritysten väliset rajoitusjärjestelyt, konsernin sisäiset osakekaupat tai lisensiointisopimukset, leasingjärjestelyn luonnehtiminen kaupaksi ja päinvastoin, sekä myös koko konsernirakenteen kyseenalaistaminen esimerkiksi luonnehtimalla sopimusvalmistaja täyden riskin valmistajaksi.

5.2.2 Verokonsulttien näkemyksiä

PwC:n asiantuntijat esittelivät lausunnossaan VML 31 §:n muuttamisesta kaksi esimerkkitilannetta, joissa heidän mielestään veroviranomainen saattaisi pyrkiä luonnehtimaan liiketoimen uudelleen, mikäli Suomen lainsäädäntö sen mahdollistaisi. Ensimmäisessä esimerkissä suomalainen yhtiö valmistaa ja myy moottoroituja kauppakasseja. Yhtiö on perustanut Viroon tytäryhtiön, jossa valmistetaan myös moottoroituja kauppakasseja ja joka myy niitä muihin Baltian maihin. Tytäryhtiö toimii täyden riskin valmistajana ja jakelijana. Emoyhtiö on lisensoinut moottoroituihin kauppakasseihin liittyvät patentit ja muun teknologian sekä tavaramerkin tytäryhtiölle. Veroviranomainen saattaisi myöhemmin verotarkastuksen yhteydessä todeta, että tytäryhtiö on tosiasiallisesta taloudelliselta luonteeltaan emoyhtiön sopimusvalmistaja eikä itsenäinen valmistus- tai myyntiyhtiö, kuten toiminta on muodollisesti järjestetty. Lisenssitransaktio sivuutettaisiin ja virolaisen tytäryhtiön rutiinituloksen ylittävä tulo siirrettäisiin verotettavaksi suomalaisen emoyhtiön tulona.¹⁹²

Toisessa esimerkissä kyse on samoista yhtiöistä kuin esimerkissä 1. Nyt emoyhtiön tehdas Suomessa päätetään sulkea korkeiden tuotantokustannusten ja muiden liiketaloudellisten syiden vuoksi. Konsernin kaikki valmistustoiminta on jatkossa tytäryhtiön tehtaalla

¹⁹² PwC 2015 2015, s. 4–5.

Virossa. Suomeen jää tuotekehitysyksikkö ja koelinja prototyyppien valmistamista varten. Emoyhtiö myös myy tuotteisiin liittyvän teknologian tytäryhtiölleen, minkä lisäksi tuotekehitysyksikön toiminta myydään sopimustuotekehityspalveluna tytäryhtiölle. Teknologian hinta määritellään parhaan olemassa olevan tiedon pohjalta markkinaehtoiseksi. Tuotekehityspalvelu myydään hinnalla, joka kattaa kustannukset ja tuottaa markkinaehtoisien voittolisän. Kahden vuoden kuluttua tästä tuotekehitysyksikössä luodaan uusi keksintö, jonka arvellaan olevan satojen miljoonien arvoinen. Tytäryhtiön maksamat vuotuiset tuotekehityspalvelumaksut ovat olleet noin 800 000 euroa. Verotarkastuksen yhteydessä veroviranomainen voisi esittää, että aineettoman omaisuuden kauppa ei vastaa asian varsinaista luonnetta ja tarkoitusta, vaan suomalaista emoyhtiötä on tosiasiaassa pidettävä tehdyn keksinnön omistajana sillä perusteella, että emoyhtiöllä on ollut kaikki kontrolli tutkimus- ja kehitystoiminnasta ja konsernin emoyhtiönä se on myös tehnyt merkittävimmät investointipäätökset hyväksyessään tuotekehitysbudjetit.¹⁹³

PwC:n siirtohinnoittelu-asiantuntija Merja Raunio listaa blogikirjoituksessaan päätelmiä, joita BEPS-hankkeen siirtohinnoittelua koskevista raporteista voidaan tehdä. Hänen mukaansa jatkossa:

1. Todellisten etupiiriliiketoimien tunnistaminen osapuolten käyttäytymisen perusteella on kaiken siirtohinnoittelun lähtökohta.
2. Omaisuuden juridinen omistus ei oikeuta omaisuuden kerryttämään tuottoon siirtohinnoittelussa.
3. Rahoittajalla on oikeus vain riskittömään korkotuottoon.
4. Arvioitujen ja todellisten tuottojen erotus allokoidaan osapuolten ottamien liiketoimintariskien perusteella sinne, missä liiketoimintariskit otetaan ja tuottoon oikeuttavat toimet tehdään.

Raunio myös peräänkuuluttaa toimivia kahdenkertaisen verotuksen poistamisprosesseja, sillä saattaa kulua aikaa ennen kuin veroviranomaisetkaan ovat yhtä mieltä siitä, miten uusia siirtohinnoitteluohjeita tulkitaan käytännössä.¹⁹⁴

KPMG:n veroasiantuntijan Eric Sandelinin mukaan konserniverokeskus on jo ratkaisun KHO 2014:119 jälkeen muuttanut lähestymistapaansa ja pyrkii verottamaan todellisen

¹⁹³ PwC 2015, s. 4–5.

¹⁹⁴ Raunio 2015.

liiketoimen uudelleenluonnehdinnan sijaan. Sandelinin mukaan on odotettavissa, että BEPS-hankkeen rohkaisemana konserniverokeskus kyseenalaistaa konserniyhtiöiden välisten sopimusten ehtoja ja liiketapahtumien mielekkyyttä entistä useammin.¹⁹⁵

5.2.3 Verohallinnon näkemyksiä

Verohallinnon johtava veroasiantuntija Jari Salokoski totesi Verohallinnon tiedotteessa 24.9.2014 seuraavasti: ”BEPS ei pääsääntöisesti vaikuta välittömästi verohallinnon verotuksessa tekemiin päätöksiin vaan toimenpiteet edellyttävät muutoksia lainsäädäntöön tai valtioiden välisiin sopimuksiin. Muutokset voivat vaikuttaa suoraan verohallinnon toimintaan esimerkiksi silloin kun kyse on tarkennuksista OECD:n ohjeisiin, joita käytetään tulkinta-apuna verotuksessa”.¹⁹⁶ Kuten aiemmin mainitsin, Verohallinto on sittemmin ilmaissut näkemyksensä, jonka mukaan BEPS-hankkeen myötä uudistuneisiin siirtohinnoitteluohjeisiin tehdyt lisäykset eivät sisällä perustavanlaatuisia uusia tulkintasuosituksia suhteessa jo aiemmin voimassa olleeseen ensimmäiseen lukuun. Tästä syystä niitä voidaan käyttää tulkinnassa apuna takautuvasti eli myös ennen 5.10.2015 toteutettujen etuyhteysliiketoimien tarkasteluun.¹⁹⁷

Verohallinnon näkemyksen mukaan todellisen liiketoimen tunnistaminen tarkoittaa, että siirtohinnoittelun arviointi kohdistetaan muodollisesti sovitun liiketoimen sijasta liiketoimeen, josta on tosiasiallisesti sovittu ja joka on toteutettu. Verohallinnon mukaan tämä on ilmiönä jotain aivan muuta kuin liiketoimen uudelleenluonnehdintaa. Todellisen liiketoimen tunnistamisessa ei ole kyse siitä, että arvioitaisiin liiketoimen osapuolten valinnan mielekkyyttä ja kannattavuutta, vaan tosiasioiden tunnistamisesta. Todellisen liiketoimen tunnistaminen on käytännössä mahdollista vain tekemällä huolellinen toimintoarviointi liiketoimen osapuolista. Verohallinto antaa kaksi esimerkkiä liiketoimen tunnistamisesta. Ensimmäisessä esimerkissä emoyhtiö on tehnyt tytäryhtiönsä kanssa lisenssisopimuksen, joka antaa tytäryhtiölle oikeuden käyttää emoyhtiön kehittämää arvokasta tavaramerkkiä. Emoyhtiö on pyrkinyt osoittamaan lisenssisopimuksen markkinaehtoisen rojaltiltason

¹⁹⁵ Sandelin 2015.

¹⁹⁶ Verohallinto 2014.

¹⁹⁷ Verohallinto 2015.

riippumattomien osapuolten välisillä tavaramerkkisopimuksilla. Sopimus on kuitenkin käsittänyt tavaramerkin ohella myös oikeuden hyödyntää emoyhtiön patenteja ja valmistustoiminnan tietotaitoa. Muodollinen sopimus eroaa siis tosiasiallisesta sopimussuhteesta. Tässä tilanteessa aineettoman omaisuuden käyttöoikeudesta maksettavan korvauksen markkinaehtoisuutta on arvioitava laajemmin kuin pelkän tavaramerkin perusteella maksettavaa korvausta.¹⁹⁸

Toisessa esimerkissä myyntiyhtiö ja valmistusyhtiö ovat sopineet, että myyntiyhtiö toimii itsenäisenä kaiken liiketoiminnan riskin kantavana myyntiyhtiönä. Myyntiyhtiö osoittautuu kuitenkin tosiasiaa lähinnä kontaktipisteeksi konsernin asiakkaille ilman myyntiyhtiön tosiasiallista mahdollisuutta vaikuttaa tuotevalikoimaan ja sen hinnoitteluun. Sillä ei myöskään ole esimerkiksi varastoa, lukuun ottamatta näytevarastoa. Myyntiyhtiön harjoittamat toiminnot ovat luonteeltaan lähinnä myyntipalvelun tarjoamista, kun huomioon otetaan käytetty omaisuus ja otetut riskit. Tällöin myyntiyhtiön saama markkinaehtoinen korvaus on arvioitava vastaavaa palvelua tuottavien riippumattomien yhtiöiden vertailutietojen perusteella.¹⁹⁹

Verohallinto pitää siis liiketoimen tunnistamista mahdollisena toimenpiteenä myös ratkaisun KHO 2014:119 jälkeen. Verohallinto ei kuitenkaan ole ottanut kantaa siihen, minkä säännöksen perusteella he tunnistavat jatkossa liiketoimia. Mikäli Verohallinnon tekemä tunnistaminen perustuu VML 31.1 §:ään, on se vähintäänkin kiistanalaista. Mikäli tunnistaminen perustuu VML 28 §:ään, tulee Verohallinnon osoittaa veron kiertämisen tarkoitus kyseisessä tilanteessa.

Myös Verohallinto samaistaa liiketoimien uudelleenluonnehdinnan ja sivuuttamisen (non-recognition) käsitteet. Verohallinnon mukaan liiketoimien sivuuttaminen ei ole ratkaisun KHO 2014:119 perusteella mahdollista Suomessa, vaikka OECD:n siirtohinnoitteluohteet sen mahdollistavatkin. Verohallinnon näkemyksen mukaan kielletty liiketoimien uudelleenluonnehdinta (= sivuuttaminen) veroviranomaisten puolesta tarkoittaisi tilannetta, jossa yritysten välillä tosiasiaa tehty ja markkinaehtoperiaatteen vastaiseksi todettu liiketoimi tai liiketoimien muodostama kokonaisuus korvattaisiin liiketoimella,

¹⁹⁸ Verohallinto 2014c.

¹⁹⁹ Verohallinto 2014c.

johon taloudellisesti rationaalisesti toimivat yritykset olisivat vastaavissa oloissa ryhtyneet.²⁰⁰

²⁰⁰ Verohallinto 2015.

6 JOHTOPÄÄTÖKSET

Tutkimuksen tavoitteena oli ensinnäkin selvittää käsitteiden *uudelleenluonnehdinta*, *tunnistaminen* ja *sivuuttaminen* merkitys. Kyseiset termit ovat peräisin OECD:n siirtohinnoitteluohjeista. OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa kuvattiin kaksi tilannetta, joissa saattoi olla tarkoituksenmukaista uudelleenluonnehtia etuyhteysliiketoimi. Lähtökohta markkinaehtotarkasteluun oli kuitenkin verovelvollisen käyttämä muoto. Liiketoimia tuli arvioida niiden toteutuneen muodon mukaan ja muoto voitiin sivuuttaa vain täysin poikkeuksellisessa tilanteessa. Uudelleenluonnehdinta oli ohjeiden mahdollista kuitenkin silloin, kun liiketoimen taloudellinen sisältö poikkesi liiketoimen oikeudellisesta muodosta. Tällainen tilanne oli kyseessä esimerkiksi silloin, jos etuyhteysluoton muodossa annetun rahoituksen markkinaehtoinen muoto olisi ollut oman pääoman ehtoinen sijoitus. Toinen tilanne, jossa uudelleenluonnehdinta oli mahdollista, oli liiketoimeen liittyen tehtyjen järjestelyjen poikkeaminen kokonaisuutena katsottuna siitä, miten liiketaloudellisesti rationaaliset yritykset olisivat toimineet. Esimerkkinä tästä mainittiin tulevaan tutkimus- ja kehitystyöhön perustuvien aineettomien oikeuksien myynti pitkäaikaisen sopimuksen perusteella. Myyntiä koskeva sopimus voitiin tällöin uudelleenluonnehtia tutkimussopimukseksi. Yleisesti uudelleenluonnehdintaa voisi kuvata tilanteeksi, jossa veroviranomainen verotarkastuksen yhteydessä päätyy sivuuttamaan yhtiön tekemän oikeustoimen tai esimerkiksi konsernin juridisen rakenteen, ja verotus toimitetaan toimintojen ja rakenteiden uudelleenarvioinnin pohjalta. Perinteiseen siirtohinnoitteluoikaisuun verrattuna, jossa muutetaan vain etuyhteysyritysten välistä hinnoittelua, uudelleenluonnehdinta merkitsee laajempaa puuttumista siihen, miten yritykset ovat sopimusvapauden nimissä järjestäneet keskinäiset suhteensa. Käytännön esimerkkejä uudelleenluonnehdinnasta ovat muun muassa seuraavat: konsernin sisäisen lainan uudelleenluonnehtiminen oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi, myyntisopimuksen uudelleenluonnehtiminen tutkimussopimukseksi, lisenssisopimuksen uudelleenluonnehtiminen kaupaksi ja ulkomailla sijaitsevan tuotantolaitoksen, sekä jakeluverkoston uudelleenluonnehtiminen vähäriskiseksi sopimusvalmistajaksi, minkä perusteella Suomessa verotettavan tulon määrä kasvaa.

Liiketoimen sivuuttaminen on OECD:n vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa käytetty termi. Siirtohinnoitteluohjeiden mukaan yrityksen toteuttama etuyhteysliiketoimi voidaan sivuuttaa, mikäli se ei ole liiketaloudellisesti järkevä ja perusteltu. Liiketoimen sivuuttaminen tulee kyseeseen silloin, kun liiketoimen ehdot kokonaisuutena tarkasteltuna eroavat siitä, mitä itsenäiset yritykset toimiessaan kaupallisesti järkevästi olisivat sopineet vastaavissa olosuhteissa, ja täten ei ole mahdollista määrittää liiketoimelle hintaa, joka olisi molempien osapuolten kannalta hyväksyttävä. Liiketoimen sivuuttaminen on aina poikkeuksellinen toimenpide. Etuyhteysliiketoimea ei voida sivuuttaa, jos vastaavia liiketoimia tehdään riippumattomien osapuolten välillä vastaavissa olosuhteissa. Ainakin BEPS-hankkeen toimenpiteiden 8–10 luonnosversion mukaan liiketoimien sivuuttamisella on tarkoitettu olevan sama merkitys kuin vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa käytetyllä termillä uudelleenluonnehdinta²⁰¹. Liiketoimen sivuuttamisen voikin katsoa olevan uudelleenluonnehdintaa vastaava toimi, jossa veroviranomainen verotarkastuksen yhteydessä päätyy sivuuttamaan yrityksen toteuttaman ja etuyhteysosapuolten välisessä sopimuksessa kuvatun liiketoimen, ja siirtohinnoittelu-oikaisun pohjaksi otetaan muu liiketoimi, jonka riippumattomat osapuolet olisivat voineet toteuttaa. Esimerkiksi Suomessa Verohallinto on ottanut tämän kannan ja Verohallinto samaistaa uudelleenluonnehdinnan ja sivuuttamisen. Käytännön esimerkkeinä liiketoimen sivuuttamisesta mainittakoon siirtohinnoitteluohjeissa kuvatut kaksi tilannetta. Etuyhteysosapuolten välinen vakuutusjärjestely voidaan sivuuttaa tilanteessa, jossa annetulle vakuutukselle ei ole olemassa markkinoita. Tällöin yhtiöitä kohdellaan verotuksessa kuten kyseistä liiketoimea ei olisi lainkaan tehty. Toisessa esimerkissä yhtiö sopii siirtävänsä kaikki tulevaisuudessa kehittämänsä aineettomat oikeudet tytäryhtiölleen tiettyä kertasummaa vastaan. Kyseinen järjestely voidaan sivuuttaa, koska se ei ole kummankaan osapuolen kannalta taloudellisesti järkevä ja järjestely korvataan verotuksessa esimerkiksi lisenssisopimuksella tai tutkimuspalvelu-sopimuksella, johon riippumattomat osapuolet olisivat voineet ryhtyä. Tiivistetysti voidaan sanoa, että liiketoimen sivuuttamisella tarkoitetaan samaa asiaa kuin liiketoimen uudelleenluonnehdinnalla.

²⁰¹ Anita Isomaa-Myllymäen mukaan myös varsinaisissa vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa käytetty muotoilu, jossa ohjeistuksen todetaan *edelleen mahdollistavan (continues to authorise)* liiketoimen sivuuttamisen, viittaa siihen, että OECD:n tarkoituksena on ollut lähinnä selventää uudelleenluonnehdinnan käsitettä eikä muuttaa sitä (Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 215).

Kolmas tutkimuksen kannalta merkittävä termi on liiketoimen tunnistaminen. Kyseinen termi on niin ikään peräisin OECD:n uusista vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeista. Liiketoimen tunnistamisella tarkoitetaan sitä, että siirtohinnoitteluohjeistuksen perusteeksi on otettava osapuolten tosiasiasa toteuttama liiketoimi. Siirtohinnoitteluohjeissa korostetaan, että mikäli yritysten sopimat kirjalliset sopimusehdot eivät vastaa etuyhteysliiketoimen taloudellisesti merkittäviä ominaisuuksia, voidaan tosiasiallinen liiketoimi tunnistaa osapuolten todellisen käyttäytymisen perusteella. Jos sopimus ja etuyhteysosapuolten tosiasiallinen käyttäytyminen poikkeavat toisistaan, etuyhteysosapuolten tosiasiasa suoritamat, heidän käyttämät varat ja ottamat riskit määrittävät etuyhteysliiketoimen tosiasiallisen sisällön ja todellisen liiketoimen.²⁰² Liiketoimen tunnistamisessa on kyse tosiseikkojen selvittämisestä²⁰³. Verohallinnon mukaan liiketoimen tunnistaminen on mahdollista vain tekemällä huolellinen toimintoanalyysi liiketoimen osapuolista. OECD korostaa ohjeissaan, että liiketoimen tunnistaminen ei ole liiketoimen muuttamista. Anita Isomaa-Myllymäen mukaan liiketoimen tunnistamisessa ei ole kyse markkinaehtoisuuden testaamisesta, vaan markkinaehtoperiaatteen soveltamiselle välttämättömästä esitoimesta. Tunnistamisessa verrataan etuyhteysosapuolten välistä sopimusta etuyhteysosapuolten tosiasialliseen käyttäytymiseen, eikä etuyhteysosapuolten välistä sopimusta riippumattomien osapuolten käyttäytymiseen.²⁰⁴ Verohallinnon näkemyksen mukaan todellisen liiketoimen tunnistaminen tarkoittaa, että siirtohinnoittelun arviointi kohdistetaan muodollisesti sovitun liiketoimen sijasta liiketoimeen, josta on tosiasiallisesti sovittu ja joka on toteutettu. Tämä on Verohallinnon mukaan ilmiönä jotain aivan muuta kuin liiketoimien uudelleenluonnehdintaa.²⁰⁵

Käytännössä rajanveto liiketoimen uudelleenluonnehdinnan ja tunnistamisen välillä ei ole kuitenkaan yksiselitteinen. Tunnistamisessa saatetaan mennä uudelleenluonnehdinnan alueelle, mikäli veroviranomainen tunnistaa yrityksen tekemän liiketoimen toisenlaiseksi, kuin miksi yritys sen on nimennyt. Tästähän seuraa liiketoimen verotuksellisen luonnehdinnan muuttuminen, minkä voisi katsoa olevan uudelleenluonnehdintaa. Etuyh-

²⁰² OECD 2015b, kohta 1.46.

²⁰³ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 477.

²⁰⁴ Isomaa-Myllymäki 2016a, s.478 ja 481.

²⁰⁵ Verohallinto 2014.

teysyrityksen näkökulmasta uudelleenluonnehdinta ja tunnistaminen voivat johtaa käytännössä samaan lopputulokseen. OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa tunnistaminen ja sivuuttaminen nähdään kuitenkin korostetusti erillisinä toimenpiteinä. Liiketoimen tunnistamisessa on kysymys etuyhteysosapuolten todellisen käyttäytymisen vertaamisesta etuyhteysosapuolten väliseen sopimukseen. Liiketoimen sivuuttamista voidaan sen sijaan harkita, mikäli liiketoimen ehdot kokonaisuutena tarkasteltuna eroavat siitä, mitä itsenäiset yritykset toimiessaan kaupallisesti järkevästi olisivat sopineet vastaavissa olosuhteissa. Sivuuttamisessa siis verrataan etuyhteysosapuolten toimia siihen, miten riippumattomat osapuolet olisivat toimineet. Tässä on selvä ero. Käytännön tilanteissa ero ei kuitenkaan usein ole yhtä selvä. Esimerkiksi se, että veroviranomainen perustellusti käyttää siirtohinnoitteluoikaisussa eri siirtohinnoittelumenetelmää kuin mitä verovelvollinen on käyttänyt, ei varmaankaan lähtökohtaisesti ole liiketoimen uudelleenluonnehdintaa tai sivuuttamista. Mikäli veroviranomainen sen sijaan esimerkiksi tunnistaa täyden riskin myyntiyhtiön olevan tosiasiasa vain myyntipalveluiden tarjoaja²⁰⁶ ja muuttaa verotettavan tulon muodostumista merkittävästä tämän perusteella, ollaan jo harmaalla alueella, ja tämän voisi katsoa olevan uudelleenluonnehdintaa tai sivuuttamista.

Välttämättä ratkaisevaa ei kuitenkaan ole se, nimitäänkö jokin toimi uudelleenluonnehdinnaksi, sivuuttamiseksi, vai tunnistamiseksi. Tärkeintä on se, mitä tosiasiasa tapahtuu ja minkä kansallisen säännöksen nojalla toimi tehdään. Suomessa siirtohinnoitteluoikaisua koskevan VML 31.1 §:n perusteella voidaan lähtökohtaisesti oikaista vain etuyhteysyritysten välistä hinnoittelua. Mikäli etuyhteysyritysten välinen liiketoimi katsotaan täysin toiseksi, kuin mistä osapuolet ovat sopineet ja kuinka he ovat liiketoimea verotuksessaan käsitelleet, tulee tämän perustua VML 28 §:n soveltamiseen. Tällöin kyseisen säännöksen soveltamisedellytykset tulee täyttyä. Näyttäisikin siltä, että Suomessa sekä liiketoimen uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen voivat kaikki perustua vain VML 28 §:n soveltamiseen. Näin ainakin, mikäli liiketoimen tunnistamisen perusteella katsotaan, että etuyhteysliiketoimelle annetusta yksityisoikeudellisesta muodosta on tarvetta poiketa.

²⁰⁶ Kuten Verohallinto esimerkissään liiketoimen tunnistamisesta tekisi. Ks. Verohallinto 2014.

Kansainvälisissä tilanteissa tulee ottaa huomioon myös verosopimukset. Liiketoimen uudelleenluonnehdinnassa, tunnistamisessa ja sivuuttamisessa on aina kyse konkreettisen verosopimuksen soveltamisesta. On kuitenkin huomattava, että verosopimusten tulonoi-kaisuartiklat eivät edellytä siirtohinnoitteluoi-kaisuja, vaan asettavat rajat joiden puitteissa oikaisu on sallittua, mikäli kansallinen lainsäädäntö edellyttää oikaisuun ryhtymistä. Vaikka verosopimus sallisi tulonoikaisun, voidaan siihen ryhtyä vain, mikäli kansallinen laki sen sallii.²⁰⁷ Verosopimus saattaa toisaalta rajoittaa etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdintaa, tunnistamista ja sivuuttamista. Kansainvälisissä tilanteissa uudelleenluonnehdinnat, tunnistaminen ja sivuuttaminen saattavat herkästi johtaa kaksinkertaiseen ve-rotukseen, mikäli eri maiden veroviranomaiset eivät ole yhtä mieltä tapauksen tosi-seikoista.

Viime kädessä kysymyksen liiketoimen uudelleenluonnehdinnasta, tunnistamisesta tai si-vuuttamisesta ja niihin sovellettavista säännöksistä ratkaisee aina kansallinen tuomiois-tuin kansallisen lainsäädännön perusteella. Kansallisessa oikeudessa omaksutut uudel-leenluonnehdinnan, tunnistamisen ja sivuuttamisen määritelmät eivät välttämättä aina vastaa OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa esitettyjä näkemyksiä.²⁰⁸ Suomessa korkein hal-linto-oikeus on todennut, että kansallinen siirtohinnoitteluoi-kaisua koskeva säännök-semme VML 31.1 § ei mahdollista liiketoimien uudelleenluonnehdintoja OECD:n vuo-den 2010 siirtohinnoitteluohjeissa kuvatulla tavalla. Liiketoimien sivuuttamisen rinnas-tuessa uudelleenluonnehdintaan, ei ratkaisun KHO 2014:119 perusteella voida katsoa, että veroviranomainen voisi VML 31.1 §:n perusteella myöskään sivuuttaa etuyhteysyri-tysten tekemiä liiketoimia OECD:n vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa kuvatulla ta-valla. Sen sijaan uudelleenluonnehdinta ja sivuuttaminen on mahdollista yleisen veron-kiertoa koskevan VML 28 §:n perusteella, mikäli etuyhteysliiketoimelle annetusta yksi-tyisoikeudellisesta muodosta on tarvetta poiketa verotuksessa sillä perusteella, että ky-seessä on veron kiertäminen. Eniten tulkintaongelmia aiheuttaakin jatkossa todellisen lii-ketoimen tunnistaminen. Suomessa Verohallinto on jo ilmeisesti ottanut käyttöön OECD:n vuoden 2015 siirtohinnoitteluohjeissa kuvatun liiketoimen tunnistamisen käsit-teen ja pyrkii uudelleenluonnehdinnan sijaan verottamaan todellisen etuyhteysliiketo-i-men. Verohallinto ei ole ilmaissut minkä säännöksen perusteella he jatkossa tunnistavat

²⁰⁷ Helminen 2014a, s. 93.

²⁰⁸ Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 98.

etuyhteisyriyten suorittamia liiketoimia. Sinänsä liiketoimen tunnistaminen saattaisi Suomessa olla mahdollista VML 31.1 §:n perusteella, mikäli tunnistamisen seurauksena muutetaan vain etuyhteysliiketoimen hinnoittelua. Mikäli tunnistamisen perusteella etuyhteysliiketoimen verotuksellinen luonne kuitenkin muuttuu, eli liiketoimi tunnistetaan toisenlaiseksi kuin sen yksityisoikeudellinen muoto on, vaatinee tällainen tunnistaminen veron kiertoa koskevan VML 28 §:n soveltamista. Viime kädessä ratkaisun liiketoimien tunnistamisesta ja sivuuttamisesta Suomen kansallisessa oikeudessa tekee korkein hallinto-oikeus. Matka veroriidasta korkeimpaan hallinto-oikeuteen on kuitenkin pitkä, ja ratkaisuja voidaan joutua odottamaan vuosia. Aika näyttää millaiseksi oikeuskäytäntö liiketoimien tunnistamisen ja sivuuttamisen osalta muodostuu. Yritysten näkökulmasta nykyiseen oikeudentilaan liittyy jonkin verran epävarmuutta, erityisesti liiketoimien tunnistamisen osalta. Yritysten tulisikin pyrkiä varmistamaan, että konserniyhtiöt toimivat sovitulla tavalla. On parempi, että yritys itse selvittää toiminnan todellisen luonteen esimerkiksi siirtohinnoitteludokumentointia laatiessaan, eikä jätä tutkimista ja tulkittamista verotarkastajien tehtäväksi. Näin voidaan mahdollisesti välttyä erimielisyyksiltä ja verottajan kanssa verotarkastuksen yhteydessä tulevaisuudessa.

On myös mielenkiintoista nähdä, tullaanko Suomen kansallista siirtohinnoitteluoikaisusäännöstä muuttamaan tulevaisuudessa. On varsin epätodennäköistä, että esittelemäni hanke VML 31 §:n muuttamisesta etenisi sellaisenaan lainsäädäntömuutokseksi. Kyseinen muutosehdotus sai osakseen voimakasta kritiikkiä muun muassa johtuen sen laajasta sanamuodosta, joka mahdollistaisi legaliteettiperiaatteen vastaisen mielivaltaisen verotuksen ja antaisi veroviranomaiselle liikaa harkintavaltaa. Muutosehdotuksessa ei myöskään ole huomioitu OECD:n BEPS-hankkeen myötä uudistuneita siirtohinnoitteluohjeita, vaan muutoksen perusteluissa viitataan vanhoihin vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeisiin. Tämä on selkeä puute, ja asia varmasti korjataan, mikäli selvitystyötä VML 31 §:n muuttamiseksi jatketaan.

Mikäli Suomessa koetaan tarvetta muuttaa siirtohinnoitteluoikaisua koskevaa sääntelyä, voisi olla huomionarvoista kiinnittää huomiota OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden oikeuslähdeopillisen aseman määrittelyyn. Kuten tutkimuksesta käy ilmi, esimerkiksi Iso-Britanniassa kansallisessa lainsäädännössä on nimenomainen maininta siitä, että kansallisia säännöksiä tulee tulkita tavalla, joka turvaa parhaiten niiden yhtenäisyyden OECD:n 9

artiklan ja OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden kanssa. Tällaisen maininnan sisällyttämisellä Suomen kansalliseen lainsäädäntöön voitaisiin vahvistaa OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden muodollista asemaa oikeuslähdeopissa, mikäli se katsottaisiin tarpeelliseksi.